

Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte**

vorgelegt von

HANSJÖRG BUDLIGER

von Zürich und Thalwil ZH

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

1954

Juris-Verlag, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANSJÖRG BUDLIGER

von Zürich und Thalwil ZH

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

1954

Juris-Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 8. Mai 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. H. Nef



Meinen Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

1. Abschnitt:	Einleitung	15
§ 1.	<i>Auflösung und Liquidation</i>	15
I.	Die Auflösung	15
II.	Die Liquidation	16
§ 2.	<i>Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis</i>	17
I.	Umschreibung und Wesen	17
II.	Die Ansprüche aus dem Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis — eine Uebersicht	19
2. Abschnitt:	Das generelle Recht auf Anteil am Liqui- dationsergebnis	21
§ 3.	<i>Erwerb und Untergang des generellen Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis</i>	21
I.	Voraussetzung und Zeitpunkt der Entstehung	21
II.	Der Untergang des generellen Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis	22
§ 4.	<i>Der Inhalt des generellen Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis</i>	23
I.	Das Recht auf einen Anteil am gesamten Liquidationsergebnis	23
II.	Das Recht auf einen verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis: die massgeblichen Faktoren	25
III.	Die Art der Berechnung des Anteils insbesondere	26
3. Abschnitt:	Das Recht auf Durchführung der Liqui- dation	43
§ 5.	<i>Notwendigkeit und rechtliche Natur des Rechts auf Durchführung der Liquidation</i>	43
§ 6.	<i>Die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Rechts auf Durchführung der Liquidation</i>	44
I.	Auflösung gemäss Statuten	44
II.	Auflösung durch Beschluss der Generalver- sammlung	45

III.	Auflösung aus wichtigen Gründen und in den übrigen vom Gesetze vorgesehenen Fällen . . .	46
§ 7.	<i>Der Widerruf der Auflösung</i>	47
I.	Ueberblick über den Stand der Kontroverse . .	47
II.	Das Bedürfnis nach dem Widerruf der Auflösung	47
III.	Die rechtliche Unzulässigkeit des Widerrufs der Auflösung	50
IV.	Insbesondere der Widerruf der Auflösung vor der Eintragung im Handelsregister	55
§ 8.	<i>Der Inhalt des Rechts auf Durchführung der Liquidation</i>	56
I.	Die neuenwerbenden Geschäfte	56
II.	Die Verwertung des Vermögens	58
III.	Der Bericht der Kontrollstelle und die Genehmigung der Schlussrechnung der Liquidatoren durch die Generalversammlung	61
4. Abschnitt:	Das Recht auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis	64
§ 9.	<i>Allgemeines zum Recht auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis</i>	64
I.	Die Grundlage	64
II.	Die rechtliche Natur	64
§ 10.	<i>Die Voraussetzungen der Geltendmachung des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis</i>	67
I.	Die Tilgung der Schulden	67
II.	Der Schuldenruf	68
III.	Das Sperrjahr	68
§ 11.	<i>Der Inhalt des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis</i>	70
I.	Der Umfang der Auszahlung und ihre Fälligkeit	70
II.	Hinterlegung und Verjährung	70
III.	Nachträglich auftauchende Aktiven und Passiven	71
§ 12.	<i>Die Rückerstattung von ungerechtfertigterweise bezogenen Anteilen am Liquidationsergebnis</i>	73
I.	Die Rückerstattungspflicht nach OR 678	73
II.	Die Rückerstattungspflicht nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung . .	75

III.	Zur Kritik an der Rückerstattungspflicht beim ungerechtfertigten Bezug von Anteilen am Liquidationsergebnis	78
5. Abschnitt: § 13.	<i>Die Entziehbarkeit des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis</i>	83
I.	Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis im allgemeinen	83
II.	Das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis	85
III.	Das Recht auf einen Anteil am gesamten Liquidationsergebnis	87
IV.	Das Recht auf verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis	88
V.	Das Recht auf Durchführung der Liquidation	92
VI.	Das Recht auf Versilberung	93
VII.	Das Recht auf Verteilung in natura	93
VIII.	Das Recht auf Auszahlung des Anteils	94
6. Abschnitt:	<i>Die Rechtsmittel des Aktionärs</i>	95
§ 14.	<i>Die Rechtsmittel gegenüber der Generalversammlung</i>	95
I.	Die Einrede der Nichtigkeit und die Nichtigkeitsklage	95
II.	Die Anfechtungsklage	97
III.	Die Schadenersatzklage	99
IV.	Die Auflösungsklage	99
§ 15.	<i>Die Rechtsmittel gegenüber der Verwaltung und den Liquidatoren</i>	101
I.	Die Rechtsmittel gegenüber der Verwaltung. Die Verantwortlichkeitsklage	101
II.	Die Rechtsmittel gegenüber den Liquidatoren	102
§ 16.	<i>Die Rechtsmittel zur Durchsetzung des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis</i>	108

L I T E R A T U R

- Alexander* Edmund, Die Sonderrechte der Aktionäre, Berlin 1892.
- Bachmann* Gottlieb, Die Sonderrechte der Aktionäre, Diss. Zürich 1901 (zitiert: *Bachmann* Sonderrechte).
- Bachmann* Gottlieb, Das schweizerische Obligationenrecht, Titel 23 bis Schluss..., 1. Aufl. (= 4. Aufl. von *Schneider-Fick*), Zürich 1915.
- Bergier* Jean, L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, Diss. Lausanne 1933.
- Bertsch* Wilfried, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1947.
- Bürgi* Wolfhart, Die Aktiengesellschaft, Abschnitt 2—8 (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Teil 5b), Zürich 1947 ff.
- Delaporte* Werner, Die Sonderrechte der Aktionäre, Diss. Heidelberg 1928.
- Decugis* Henri, Traité pratique des sociétés par actions, 7. Aufl., Paris 1931.
- Dick* Fritz, Die Liberierung der Aktien nach geltendem Recht und Entwurf III, Diss. Bern 1934.
- Edelmann* Arnold, Der unberechtigte Empfang von Zinsen und Gewinnanteilen bei der Aktiengesellschaft und bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Freiburg 1941 (zitiert: *Edelmann* Diss.).
- Edelmann* Arnold, Der unberechtigte Empfang von Liquidationsanteilen, in SAG 16 89 ff., 109 ff.
- Egger* A., Einleitung und Das Personenrecht, (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band) Zürich 1930 (zitiert: *Egger* ZGB).
- Egger* J. G., Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs, Berlin 1930 (zitiert: *J. G. Egger*).
- Elmer* Edwin, Die Bedeutung des Sperrjahres bei der Auflösung der Aktiengesellschaft, in SJZ 26 177 ff.
- Feine* Hans Erich, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, III. Abteilung), Leipzig 1929.
- Fischer* Rudolf, Das Aktienrecht (Sonderdruck aus Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, I. Abteilung), Leipzig 1916.
- Folliet* Edouard, Le bilan dans les Sociétés Anonymes, Lausanne 1946 (zitiert: *Folliet* Bilan).
- Folliet* Edouard, Répartition dans les S. A. des bénéfices et des pertes en l'absence de disposition statutaire, in SAG 19 182 ff.
- Godin-Wilhelmi*, Gesetz über die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz), 2. Aufl., Berlin 1950.
- Goldschmidt* Robert, Grundfragen des schweiz. Aktienrechts (Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 12), St. Gallen 1937.

- Gmür* Max, Einleitung (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I), Bern 1919.
- Guhl* Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1944.
- Hagmann* Werner, Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1939.
- Hallstein* Walter, Die Aktienrechte der Gegenwart..., Berlin 1931.
- Hauser* Fridolin, Der Mantel bei der Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Freiburg 1939.
- Holtz*, Rudolf, Umwandlung von Liquidationsgesellschaften, Diss. Bonn 1936.
- Janggen* A. und *Becker* H., Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VIII, 3. Abteilung), Bern 1939.
- Kaeslin* Theodor, Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach revidiertem Obligationenrecht, Diss. Bern 1941.
- Kaufmann* Paul, Die Rückgängigmachung der Auflösung bei Handelsgesellschaften und Genossenschaften (in Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen, herausgg. von Nussbaum, Heft 15), Berlin 1930.
- Keel* Franz, Juristische Terminologie nach schweizerischer Lehre und Praxis, Zürich 1939.
- Kellner* Hans, Die Sonderrechte der Aktionäre nach dem Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, Diss. Göttingen 1939.
- Kohler* François, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1950.
- Kunz* Hans Rudolf, Löschung und Wiedereintragung von Handelsgesellschaften im Handelsregister, Diss. Bern 1942.
- Lachenal* Gustave, La répartition de l'actif des sociétés anonymes dissoutes en l'absence de disposition statutaire (Art. 745 C. O.), in SAG 20 8 ff.
- Lehmann* Karl, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2 Bände, Berlin 1898/1904.
- Lorenz* Heinz, Die Rückgängigmachung der aufgelösten Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung in werbende Gesellschaften, Diss. Halle-Wittenberg 1932.
- Meier-Hayoz* Arthur, Die richterliche Ernennung von Liquidatoren bei der Aktiengesellschaft (Art. 741 OR), in SJZ 46 213 ff.
- Mosimann* Bernhard, Die Herabsetzung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft und ihr Einfluss auf wohlverworbene Rechte des Aktionärs, Diss. Zürich 1938.
- Munzinger* Walther, Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts, Bern 1865.
- Papa* Gildo, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, herausgg. von Guhl, Heft 119) 1941.
- Peyer* Rudolf, Nichtig und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944.

- Pinösch* Jon, Die rechtliche Stellung des Liquidators einer Kollektivgesellschaft und Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1936.
- von Puttkamer* Leopold, Das Recht des Aktionärs auf die Liquidationsquote, Diss. Greifswald 1913.
- Rammelmeyer* Friedrich, Die aktienrechtlichen Einschlüsse in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Bern (Berner rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 57) 1950.
- Schlegelberger-Quassowski*, Aktiengesetz vom 30. Januar 1937, Berlin 1937.
- Schmid* Werner, Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 146) 1948.
- Schneider-Fick*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1883.
- Schroeder* Willy, Die rechtliche Stellung der Liquidatoren einer Aktiengesellschaft, Diss. Erlangen 1926.
- Schucany* E., Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1940.
- Schürmann* Kurt, Kann eine aufgelöste Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine werbende zurückverwandelt werden?, Diss. Erlangen 1935.
- Silbernagel* Alfred, Die Gründung der Aktiengesellschaft..., Berlin 1907.
- Siegwart* Alfred, Die Personengesellschaften und Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, V. Band, Teile 4 und 5a), Zürich 1938, resp. 1945.
- Spiess* Arnold, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre..., Diss. Zürich 1941.
- Staub-Pinner*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.
- Stebler* Otto, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 1944.
- von Steiger* F., Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister, Zürich 1937 (zitiert: *von Steiger* Handelsregister).
- von Steiger* F., Das Recht der Aktiengesellschaften in der Schweiz, Zürich 1946.
- Szücs* Elek, Der Schutz der Aktionäre nach den Entwürfen zum OR, Diss. Bern 1939.
- von Tuhr-Siegwart*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2 Halbbände, Zürich 1942.
- Weiss* Gottfried, Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, in SJZ 39 513 ff. und 529 ff.
- Wettstein* Georg, Die nicht voll einbezahlte Aktie, Diss. Zürich 1948.
- Wieland* Karl, Handelsrecht, 2 Bände, München und Leipzig 1921/1931.
- Wimpfheimer* Heinrich, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess herausgg. von Fischer, 17. Band, Heft 2), München 1908.
- Zuber* Friedrich Werner, Die mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre im französischen und schweizerischen Recht, Diss. Bern 1922.

ZEITSCHRIFTEN UND ABKÜRZUNGEN

altOR	Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
AG	Aktiengesellschaft
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung, Neue Folge, Zürich
Botsch	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts (vom 21. Februar 1928)
Bulletin Ständerat	Ständerat — Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung 1931
DAC	(Deutsches) Gesetz über die Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz), vom 30. Januar 1937
Entw 1928	Entwurf zum Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts (Beilage Botschaft)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	(Deutsches) Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
OR	Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts, Basel
ProtExp	Schweizerisches Obligationenrecht, Revision der Titel XXIV bis XXXIII, Protokoll der Expertenkommission, herausgg. vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, 1926
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich
SemJud	La Semaine Judiciaire, Genève
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zürich
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

VORBEMERKUNG

Für die vorliegende Arbeit konnte die Dissertation von *Maurer Franco*, Das Recht auf den Liquidationsanteil bei der Aktiengesellschaft, Diss. Bern, nicht berücksichtigt werden; sie wurde 1943 genehmigt und 1951 gedruckt. Sie befasst sich vor allem mit der Frage, ob und wie weit der Anspruch auf Anteil am Liquidationsergebnis wohlerworben ist.

1. Abschnitt

EINLEITUNG

§ 1. Auflösung und Liquidation

I. Die Auflösung

Darüber, dass mit der Auflösung der AG nicht das Ende ihrer juristischen Persönlichkeit herbeigeführt wird, herrscht — nachdem über ihre, der Auflösung folgende rechtliche Struktur die verschiedensten Theorien entwickelt worden waren¹ — seit einiger Zeit Klarheit². Dass sie das Recht der Persönlichkeit, welches sie mit ihrer Eintragung im Handelsregister erworben hat, nicht verliert, liegt vor allem im Interesse der Gläubiger; sie sollen sich nach wie vor an einen Schuldner halten³, wenn nötig gegen ihn klagen können. Aber auch die Gesellschaft soll nach wie vor Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen und selber klagen können⁴. So ist denn die Auflösung im Sinne des Gesetzes als eine Anordnung zu verstehen; ihr schliesst sich ein neues Stadium der AG an⁵, das sich als «Auflösung als Tätigkeit» oder als «Auflösung als Prozess» bezeichnen lässt⁶.

Die «Auflösung als Tätigkeit» ist nicht identisch mit der Liquidation oder Abwicklung⁷ der AG, welche nur eine der möglichen Auflösungsarten darstellt. Im Falle der Fusion (OR 748 ff.) und der Umwandlung der AG in eine GmbH (OR 824 ff.) unterbleibt die Liquidation (OR 738). Gleiches gilt — unter der Voraussetzung, dass die Generalversammlung ihre Zustimmung gibt —, wenn die AG durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft übernommen wird (OR 751). In den übrigen Fällen aber

¹ Vgl. *Wimpfheimer* 81 ff.

² *Pinösch* 3.

³ *Fischer* 404; *Wieland* II 179/180.

⁴ *von Steiger* 323.

⁵ *Schucany* Art. 736 A 1.

⁶ *Wimpfheimer* 114.

⁷ Der Ausdruck «Abwicklung» ist der Terminologie des deutschen Rechts entnommen (DAG 203 ff.); er wird in dieser Arbeit in der gleichen Bedeutung wie «Liquidation» verwendet.

tritt die AG in Liquidation (OR 738). Ist über die Gesellschaft der Konkurs verhängt worden (OR 736 Ziff. 3), so kommt das SchKG zur Anwendung. Soll die AG ihre bisherige Tätigkeit einstellen und als Unternehmen wirtschaftlich wie rechtlich untergehen, so erfolgt ihre Abwicklung nach den Normen des Zivilrechts.

II. Die Liquidation ⁸

Die Liquidation bezweckt, das Vermögen der AG flüssig zu machen, aus ihm die Schulden der Gesellschaft zu tilgen und es hernach an die Aktionäre zu verteilen.

Die Liquidation ist als Verfahren zum Schutze der Gläubiger ⁹ notwendige gesetzliche Folge des Aktes, der die Auflösung der Gesellschaft begründet ¹⁰, und nach zwingenden Normen geregelt ¹¹. Ihre Unabdingbarkeit ist auf die der AG eigentümlichen Haftungsverhältnisse zurückzuführen. Im Erwerbsstadium hat die AG, da bei ihr die persönliche Haftung der Mitglieder ausgeschlossen ist (OR 620 II), das Vermögen in der Höhe, in der es bei der Gründung bestand, zu erhalten ¹². Notwendigerweise ergreift ihre Liquidation das gesamte Vermögen und nicht etwa nur den Teil, welcher die Mindesthaftsumme, d. h. die Höhe des Grundkapitals übersteigt. Würde es ungehindert an die Aktionäre ausbezahlt, so könnten die Gläubiger erheblich geschädigt werden. Der Abbau der Gesellschaft wird daher in der Weise geregelt, dass aus den Aktiven zuerst ihre Verpflichtungen zu erfüllen sind. Erst dann kann aus dem Abwicklungserlös, der sich nachher ergibt, die Verteilung an die Aktionäre vorgenommen werden (OR 745 I).

⁸ Vgl. *Wimpfheimer* 26 ff., 31; *Keel* 152.

⁹ Vgl. die verschiedenen Massnahmen, die das Gesetz vorschreibt: die Eintragung der Auflösung im Handelsregister (OR 737), die Führung der Firma mit dem Zusatz «in Liquidation» (OR 739 I), der Schuldenruf (OR 742 II) u. a. m.

¹⁰ Ueber die verschiedenen Auflösungsarten vgl. hinten 44 ff.

¹¹ *Wieland* I 691, II 179, II 195; *Feine* 646; anderer Meinung: *Mettler* 26; *Pinösch* 2

¹² *Wieland* I 496; *Schmid* 68.

§ 2. Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis

I. Umschreibung und Wesen

Dem Aktionär steht bei der Auflösung — sofern ihr die Liquidation folgt — ein Anspruch auf eine Quote des Reinvermögens der AG zu; er wird ihm als Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis gewährt (OR 660 II).

A) Das Liquidationsergebnis¹

Das Resultat, das sich nach der Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen der AG und der Verwertung ihrer Aktiven ergibt, wird als Liquidationsergebnis bezeichnet. Es entspricht dem tatsächlich bestehenden Reinvermögen der AG, das sich im Erwerbsstadium lediglich buchmässig errechnen liess², und umfasst dieses als ganzes, im Gegensatz zum Reingewinn, welcher nur dem Aktivenüberschuss gleichkommt, der über das ursprünglich vorhandene Grundkapital hinaus vorhanden ist³.

Unter den Aktiven können sich Guthaben befinden, die noch nicht fällig sind — die Auflösung der AG führt ja nicht ihre Fälligkeit herbei; ebenso ist es möglich, dass einzelne Forderungen noch strittig sind und ihre Höhe noch durch den Richter abzuklären ist. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass erst das Mass der Erfüllung der noch ausstehenden Guthaben — wozu unter Umständen noch nicht eingebrachte Kapitaleinlagen sowie Forderungen den Aktionären als Dritten gegenüber gehören — Aufschluss gibt über ihren realen Wert. Das gleiche gilt für die übrigen Aktiven, die — die Versilberung stellt ja die Regel dar⁴ — veräussert werden sollen.

Mit der Ausscheidung der Passiven allein steht daher die Höhe des Liquidationsergebnisses noch nicht fest; erst auch die Beendigung aller Geschäfte, welche die Aktiven der Gesellschaft zum Gegenstand haben, zeitigt als feststellbares Resultat der Abwicklung das Reinvermögen der AG.

¹ Vgl. von Puttkamer 3 ff.; Edelman 90.

² Fischer 410 N 31.

³ Vgl. Schmid 73.

⁴ Hinten 58.

B) Die Unbestimmtheit der Grösse des Anteils

Aus der Umschreibung des Liquidationsergebnisses, aber auch aus der Liquidationsordnung überhaupt, geht hervor, dass die Quote, die dem Aktionär zufällt, erst dann feststeht, wenn das Liquidationsergebnis festgestellt werden kann. Es handelt sich also beim Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis keineswegs um das durch OR 680 II ausgeschlossene Recht auf Rückerstattung des eingelegten Betrages, das bei der Beendigung der AG aufleben würde⁵. Ein solcher Anspruch müsste auf eine im voraus bestimmte Summe gehen und würde nicht nur dem Wesen der AG im allgemeinen widersprechen, sondern auch mit dem ihr eigenen Gläubigerschutz kollidieren.

Auch die Anordnung der Auflösung ändert nichts daran, dass das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis einstweilen ein abstrakter Anspruch bleibt, indem es nicht auf eine bestimmte Wertgrösse geht. Wohl gehört es zu den Pflichten der Liquidatoren, nach der Auflösung eine Bilanz aufzustellen (OR 742 I). Gestützt auf diese Vermögensdarstellung lässt sich aber der Anspruch des Aktionärs nicht errechnen, beruht sie doch grösstenteils auf geschätzten Werten, von denen nicht sicher ist, ob sie durch die Liquidation bestätigt werden.

Seinem Wesen nach entspricht das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis am ehesten dem Recht auf Dividende. Der Inhalt weder des einen noch des andern Rechts steht im voraus fest, ja es ist ganz ungewiss, ob es je zu einem konkreten Anspruch wird. Wie der Reingewinn ergibt sich auch das Resultat der Liquidation — und damit die Grösse des Anteils des Aktionärs — aus dem Geschäftsergebnis, das durch die verschiedensten Umstände bedingt ist⁶. Allerdings ist — im Unterschied zum Recht auf Dividende und zum Reingewinn — beim Anteil am Liquidationsergebnis nicht bloss die Zeitspanne eines Geschäftsjahres massgebend für seine Höhe: sie beruht vielmehr auf der Entwicklung des Unternehmens von dessen Gründung bis zur Auflösung, sowie auf der ihr folgenden Liquidation.

Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis lässt sich somit, soweit die Grösse des Anteils in Frage steht, charakterisieren als ein aleatorisches Recht; es verwirklicht sich nur dann, falls die AG unter Hinterlassung von Aktien aufgelöst wird⁷.

⁵ Edelman 91.

⁶ Wimpfheimer 190.

⁷ Wimpfheimer 190.

II. Die Ansprüche aus dem Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis — eine Uebersicht⁸

Folge der Liquidationsordnung ist nicht nur, dass sich die Grösse des Anteils, der dem Aktionär zusteht, erst am Ende der Liquidation feststellen lässt; aus ihr geht auch hervor, dass der Aktionär einen entsprechenden Anspruch erst dann geltend machen kann, wenn die Verpflichtungen der Gesellschaft erfüllt sind. Daraus ist aber nicht abzuleiten, dass das Recht erst am Ende der Abwicklung zur Entstehung gelangt. Wird diese Meinung geäussert⁹, so ist das darauf zurückzuführen, dass wohl das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis in Betracht gezogen wurde, jedoch nur einer der Ansprüche, die sich aus ihm ergeben.

A) Einteilung der Ansprüche nach dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens

1. Das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis

Der allgemeine Anspruch, der dem Aktionär zusteht, lässt sich als Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis an sich¹⁰ oder — wie er in dieser Arbeit genannt wird — generelles Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis¹¹ bezeichnen. Er ist die Grundlage für alle Ansprüche, die dem Aktionär im Zusammenhang mit der Liquidation zustehen. Das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis erwirbt der Aktionär mit der Mitgliedschaft^{11a}.

2. Das Recht auf Durchführung der Liquidation

Aus dem generellen Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis erwächst einerseits das Recht auf Durchführung der Liquidation¹², unter dem sich seinerseits eine Gruppe von Ansprüchen — in ihr u. a. das Recht auf Versilberung — zusammenfassen lässt. Es hat den Anspruch auf eine

⁸ Im Bestreben, über das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis Klarheit zu schaffen, werden hier Ergebnisse von später folgenden Ausführungen vorweggenommen. Dass sich aus diesem Vorgehen Wiederholungen ergeben, lässt sich nicht vermeiden.

⁹ *Bachmann* Sonderrechte 175; *Schneider-Fick* Art. 667 A 8; *Bachmann* Art. 667 A 2; *Zuber* 43.

¹⁰ Analog zum Recht auf Dividende an sich (*Steiger* 18/19, 108 ff.).

¹¹ Analog zum generellen Recht auf Dividende (*Bürgi* Art. 660/661 N 8, 11 ff.).

^{11a} *Hinten* 21/22.

¹² *Hinten* 43 ff.

möglichst ertragreiche Liquidation, auf geeigneten Vollzug der Massnahmen, welche die Auskehrung des Abwicklungsüberschusses an die Aktionäre ermöglichen, zum Inhalt. Der Aktionär erwirbt das Recht auf Durchführung der Liquidation mit dem generellen Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis; es bleibt jedoch im verbenden Stadium latent¹³ und wird erst beim Vorliegen eines Auflösungsgrundes wirksam¹⁴.

3. Das Recht auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis

Andererseits erwirbt der Aktionär mit dem generellen Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis ein Recht auf Auszahlung seines Anteils¹⁵. Der Berechtigte kann diesen Anspruch erst am Ende der Abwicklung geltend machen¹⁶.

B) Einteilung der Ansprüche nach ihrer rechtlichen Natur

Von einem andern Gesichtspunkte aus ist zu unterscheiden zwischen den mitgliedschaftlichen Rechten auf Anteil am Liquidationsergebnis einerseits und dem Gläubigerrecht andererseits.

1. Die Mitgliedschaftsrechte

Die Mitgliedschaftsrechte, das generelle Recht und das Recht auf Durchführung der Liquidation umfassend, beruhen nicht nur auf der Mitgliedschaft, sondern sind mit ihr auch unlösbar verbunden.

2. Das Gläubigerrecht

Das Gläubigerrecht ist identisch mit dem Recht auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis. Es hat zwar seinen Ursprung in der Mitgliedschaft, kann aber davon unabhängig wie jedes andere Forderungsrecht gegenüber der AG zu Rechtsgeschäften irgendwelcher Art verwendet werden¹⁷.

¹³ Diese Umschreibung stammt von *Wimpfheimer* 190 der allerdings kein Recht auf Durchführung der Liquidation vorsieht.

¹⁴ Hinten 44 ff.

¹⁵ Hinten 64 ff.

¹⁶ Hinten 67 ff.

¹⁷ Hinten 64 ff.

2. Abschnitt

Das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis

§ 3. Erwerb und Untergang des generellen Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis

I. Voraussetzung und Zeitpunkt der Entstehung

Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis äussert schon vor dem Fälligwerden eines Anspruchs auf Auszahlung Wirkungen und notwendigerweise gelangt es schon früher zur Entstehung. Es ist wohl kaum anzunehmen, dass der Kapitalbesitzer, der sich an einer Erwerbsgesellschaft beteiligen will, einer AG beitreten würde, wenn er damit rechnen müsste, dass ein dannzumaliges Liquidationsergebnis von der Gesellschaft verteilt werden könnte, ohne dass er, der die Mittel zur Verfügung gestellt hat, berücksichtigt würde¹. Es kann daher kein Zweifel darüber bestehen, dass der Aktionär das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis als einen Teil des vielgestaltigen Gebildes der Mitgliedschaft erwirbt².

Der Aktionär wird Mitglied einer AG durch den Erwerb eines bereits bestehenden Mitgliedschaftsrechtes oder, im Sinne eines ursprünglichen Erwerbs, durch die Zeichnung³. Beim Beitritt zur AG durch Zeichnung bilden die Annahme der Zeichnung und der Abschluss der Gründungshandlungen die Voraussetzungen für das Entstehen der Mitgliedschaft⁴ und damit auch des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis.

Misslingt die Gründung, so bewirkt zwar bereits die konstituierende Generalversammlung, dass im internen Verhältnis aktienrechtliche Grundsätze, soweit das sinngemäss möglich ist, zur Geltung kommen⁵. Ist sein Anspruch auf Anteil am Liquidationsergebnis auf irgend eine Weise ver-

¹ *Lehmann* II 206; *Wieland* II 195.

² *Lehmann* II 398; *Wimpfheimer* 190; *von Puttkamer* 22; *Feine* 657; *Goldschmidt* 61; ferner *Delaporte* 60; *Kellner* 36.

³ *von Steiger* 136.

⁴ *Siegwart* Art. 632 N 22.

⁵ *Siegwart* Art. 643 N 1 ff.; *von Steiger* 127.

letzten worden oder sind die einbezahlten Beträge zurückzuerstatten, weil die Gründung trotz der erfolgten Konstituierung nicht zustande kam, so wird der Einleger seine Rechte jedoch gegenüber der Vorgesellschaft als Mitglied einer einfachen Gesellschaft geltend machen müssen, denn die AG ist dazumal noch nicht zur juristischen Person geworden; die Rechtsfähigkeit geht ihr noch ab. Sie — und mit ihr die Mitgliedschaftsrechte — ist einstweilen suspensiv bedingt⁶.

Wird hingegen die Gründung vollendet, d. h. kommt es zur Eintragung ins Handelsregister, so wird der AG die Rechtspersönlichkeit verschafft (OR 643). Den Einlegern steht damit die Mitgliedschaft und auch der Anspruch auf Anteil am Liquidationsergebnis zu.

II. Der Untergang des generellen Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis

Das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis entsteht nicht nur mit der Mitgliedschaft; es ist auch an sie gebunden, es erlöscht mit ihr. So wird sich der Aktionär des Rechts begeben, wenn er sich der Aktie entäussert; das gleiche ist der Fall, wenn die Gesellschaft untergegangen ist⁷. Der Aktionär kann es ferner verlieren durch den Kauf seiner Aktien durch die Gesellschaft (OR 686 IV), durch die Herabsetzung des Aktienkapitals (OR 732 ff.) oder durch die Kaduzierung der Aktien (OR 682)⁸.

⁶ *Siegwart* Vorbem.zu Art. 629—639 N 49, 53; *von Steiger* 126 ff.

⁷ *von Steiger* 160.

⁸ *von Steiger* 160 ff.

§ 4. Der Inhalt des generellen Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis

Die Quote, welche dem Aktionär aus der Liquidation zufällt, lässt sich zwar nicht ziffernmässig bestimmen¹. Aber sie ist andererseits nicht — wie der Anteil am Reingewinn — teilweise von einem Beschluss der Generalversammlung abhängig, der die Verwendung des Liquidationsergebnisses zum Inhalt hat; denn regelmässig bestehen im voraus festgelegte Grundsätze, nach denen der Abwicklungserlös ausbezahlt werden soll.

I. Das Recht auf einen Anteil am gesamten Liquidationsergebnis

A) Die grundsätzliche Berechtigung der Aktionäre

Wenn dies auch im Gesetz und wohl auch in den Statuten der AG nicht ausdrücklich formuliert wird, so ist das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis doch so zu verstehen, dass es einen Anspruch auf das gesamte Reinvermögen gewährt; anders ausgedrückt: grundsätzlich gelangt der Abwicklungserlös als ganzes zur Verteilung an die Aktionäre.

1. Die Stellung der Fonds

Nicht nur das Grundkapital als Mindestgarantiefonds ist, wie bereits dargestellt², mit dem Beginn der Liquidation seiner Funktion entkleidet. Auch die Aufgabe der Reservefonds — gesetzlichen wie statutarischen — ist beendet³. Einerseits verschwinden auf der Passivseite der Bilanz die Posten, welche die Höhe dieser Fonds fixierten und andererseits gehen die durch sie gebundenen Teile des Aktivvermögens im Reinvermögen als einer Einheit unter. Insbesondere gilt das auch für die «Wohlfahrtsreserve» (OR 673 I). Mit ihrer Errichtung hat sich die AG nicht des Verfügungsrechtes über sie begeben⁴, und es ist auch keine Forderung der Arbeitnehmer gegenüber der Gesellschaft begründet worden⁵, so dass ihrer Auflösung kein Hindernis entgegensteht.

¹ Vorn 18.

² Vorn 16.

³ Staub-Pinner § 300 A 1.

⁴ Bürgi Art. 673 N 29.

⁵ ProtExp 274 ff. (zitiert bei Schucany Art. 673 A 1).

Eine Bindung des Gesellschaftsvermögens und eine Verpflichtung zu Zuwendungen zugunsten eines solchen Fonds besteht daher mit der Auflösung der AG nicht mehr; sie stehen damit einer Auskehrung des gesamten Liquidationserlöses nicht entgegen.

Im Gegensatz dazu ist ein eigentlicher Wohlfahrtsfonds (OR 673 II und III) vom Bestand der AG unabhängig. Sein Vermögen wird ja in irgend einer Rechtsform verselbständigt⁶; seinerseits eine juristische Person teilt er nicht das Schicksal der AG. Dementsprechend fällt eine Forderung des Wohlfahrtsfonds, die in der Bilanz der aufzulösenden AG — wie das Kapital, die Reserven — als Passivposten figuriert, nicht dahin. Sie kann die Substanz eines solchen Wohlfahrtsfonds darstellen⁷; sie ist eine Schuld, die wie die Forderungen der anderen Gläubiger der AG zu tilgen ist.

2. Verpflichtungen anderer Art

Neben den Aufgaben, die der Gesellschaft aus Gesetz und Statuten in bezug auf ihr Vermögen erwachsen, bestehen auch Pflichten mehr moralischer Art, die sich aus den Interessen der Gesamtwirtschaft ergeben, wie Sozialleistungen, Existenzsicherung der Arbeitnehmer⁸. Aber auch diese, insbesondere auch eine Speisung des eben erwähnten Wohlfahrtsfonds, fallen mit dem Untergang der Gesellschaft weg.

Desgleichen sind irgendwelche Verpflichtungen der AG nicht am Platze, die eingegangen werden könnten, weil etwa ein Gemeinwesen oder andere Dritte durch ihre Betriebseinstellung Schaden erleiden könnten. Sind ähnliche «Liberalitäten» aus dem Reingewinn nicht zulässig⁹, so trifft dies erst recht in bezug auf das Liquidationsergebnis zu.

B) Der Anspruch anderer Berechtigter

Die Verteilung des Liquidationsergebnisses an Nichtaktionäre — ohne oder mit Berücksichtigung der Aktionäre — wird im Zusammenhang mit der Berechnung des Anteils am Liquidationserlös behandelt¹⁰.

⁶ *Schucany* Art. 673 A 2; *Bürgi* Art. 673 N 35 ff.

⁷ *Schucany* Art. 673 A 3; *Bürgi* Art. 673 N 50.

⁸ Vgl. *Bürgi* Art. 660/661 N 12.

⁹ BGE 41 II 610 ff.

¹⁰ Hinten 39 ff.

II. Das Recht auf einen verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis: die massgeblichen Faktoren

Es fällt nicht jedem Aktionär die gleiche Quote zu. Wie das in der Regel für alle Aktionärrechte der Fall ist, richtet sich die Höhe des Anteils am Liquidationsergebnis nach der Beteiligung an der AG. Das Mass dieser Beteiligung hängt nicht allein von der Anzahl der erworbenen Mitgliedschaften oder dem Nennwert der Aktien ab. Der auf das Grundkapital einbezahlte Betrag bildet vor allem die wirtschaftliche Grundlage für das Unternehmen: er muss daher sehr weitgehend die Höhe des Anspruchs des Aktionärs gegenüber der AG bestimmen (OR 661, 745 I).

Der Begriff des «einbezahlten Betrages» ist dabei in einem weiteren Sinne zu verstehen. Eine Einzahlung auf das Grundkapital erfolgt in der Regel in Geld oder dann durch die Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, wie durch Giroüberweisung, Check, Wechsel usw.¹¹, sofern diese wirtschaftlich einer Barzahlung gleichkommen¹². Diese Einzahlungsarten stellen aber nicht den einzigen Weg dar, auf dem der Aktionär seine Einlage erbringen kann. Auch die Einlage von Sachwerten ist neben ihnen möglich und ihnen gleichgestellt. Die Aktionäre müssen daher die ihnen zustehenden Rechte unabhängig von der Art, in welcher sie der Liberierungspflicht nachgekommen sind, erwerben können.

Wenn im OR¹³ wie auch im nachfolgenden vom «einbezahlten Betrag» die Rede ist, so ist das daher nicht in dem einschränkenden Sinne aufzufassen, dass bei der Verteilung des Liquidationserlöses nur die Beträge, die «einbezahlt», d. h. in bar geleistet wurden, zu berücksichtigen sind. Vielmehr bildet jede anerkannte Art der Aufbringung von Grundkapital die Grundlage für die Berechnung des Anteils, der dem Aktionär zukommen soll; die Verteilung wird proportional zum *liberierten Teil der Aktien* vorzunehmen sein¹⁴.

¹¹ Siegwart Art. 633 N 12 ff.; Wettstein 44, 46.

¹² Wettstein 47.

¹³ OR 661, 745 I.

¹⁴ Folliet 184.

III. Die Art der Berechnung des Anteils insbesondere

Als Masstab für die Berechnung des Anteils des Aktionärs am Liquidationsergebnis gilt nach schweizerischem Recht grundsätzlich das Verhältnis des von ihm einbezahlten Betrages zum einbezahlten Grundkapital (OR 661 und 745 I) ¹⁵.

Dieser Regelung steht eine andere Formel gegenüber, die dem deutschen Recht entnommen ist ¹⁶ und auch in der hiesigen Literatur ihre Vertreter gefunden hat ¹⁷. Darnach sind den Aktionären die Einlagen, die sie gemacht haben, zurückzuerstatten, wobei ihnen ein erzielter Gewinn zuzuzählen oder ein eingetretener Verlust abzuziehen wäre. Unter Gewinn ist dabei der Ueberschuss zu verstehen, der über den Betrag des liberierten Grundkapitals hinaus bei der Liquidation erzielt worden ist. Ein Verlust ist in dem Masse entstanden, als der Liquidationserlös nicht dazu ausreicht, das liberierte Grundkapital voll zurückzuzahlen.

Es besteht nicht die Absicht, die Arbeit über das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zu einer rechtsvergleichenden auszuweiten. Doch macht die erwähnte Postulierung der deutschen Regelung einen Vergleich der schweizerischen mit jener nötig.

A) Die Bedeutung des nicht liberierten Teils des Aktienkapitals

1. Die Berechnung der Anteile bei gleichmässig liberierten Aktien

Die Anwendung der einen wie der andern Formel scheint das gleiche Resultat zu ergeben. Das ist jedoch nur dann der Fall, wenn sämtliche Aktien der Gesellschaft voll liberiert sind, oder wenn auf alle Aktien gleichmässig die Einlage nur teilweise erbracht worden ist.

Beispiel Nr. 1

Grundkapital: Fr. 1 000 000.—, davon einbezahlt: Fr. 500 000.—;
1 000 Aktien zu Fr. 1 000.— nominal, wovon auf jede
Fr. 500.— eingelegt.

¹⁵ *Schucany*, Art. 661 A 2; *Lachenal* 8 ff.; *Edelmann* 93; ferner *Fischer* 52; *Hallstein* 226.

¹⁶ HGB 300, DAG 212 und Kommentare; *Lehmann* II 590/591; *Hallstein* 226.

¹⁷ *von Steiger* 330; *Folliet* 182 ff.

Bilanz am Anfang der Liquidation

Aktionäre	Fr. 500 000	Grundkapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 2 500 000	Passiven	Fr. 500 000
		Gewinn	Fr. 1 500 000
	<u>Fr. 3 000 000</u>		<u>Fr. 3 000 000</u>

Bilanz nach Tilgung der Schulden

Aktionäre	Fr. 500 000	Grundkapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 2 000 000	Gewinn	Fr. 1 500 000
	<u>Fr. 2 500 000</u>		<u>Fr. 2 500 000</u>

Verteilungsbilanz

Kassa	Fr. 2 000 000	Aktionäre	Fr. 500 000
		Gewinn	Fr. 1 500 000
	<u>Fr. 2 000 000</u>		<u>Fr. 2 000 000</u>

Die Verteilungsbilanz weist einen Liquidationserlös von Fr. 2 000 000.— aus.

Unter Anwendung des schweizerischen Rechts gelangt das Liquidationsergebnis infolge gleichmässiger Liberierung gleichmässig an alle 1000 Mitgliedschaften zur Verteilung. Auf jede Aktie entfällt somit $\frac{1}{1000}$ des Ueberschusses, d. h. Fr. 2 000.—

Nach deutschem Recht wird aus dem Liquidationserlös der eingelegte Betrag zurückerstattet, d. h. Fr. 500.—
sodass zur weiteren Verteilung ein Gewinn von Fr. 1 500 000.— bleibt. Dieser gelangt, entsprechend dem Nominalwert der Aktien, also gleichmässig zur Verteilung; auf jede Aktie entfällt $\frac{1}{1000}$, d. h. Fr. 1 500.—
Fr. 2 000.—

Im Resultat ergeben somit die beiden Formeln für den Fall der gleichmässig librierten Aktie keinen Unterschied.

2. Die Berechnung der Anteile bei nicht gleichmässig liberierten Aktien

Anders wirken sich aber die Formeln aus, wenn es darum geht, in einer AG, bei der die Aktien verschieden hoch liberiert sind, einen Liquidationsüberschuss zu verteilen.

Beispiel Nr. 2¹⁸

Grundkapital Fr. 1 000 000.—, davon einbezahlt Fr. 600 000.—; 1 000 Aktien zu Fr. 1 000.— nominal; gezeichnet: durch A- und B-Aktionäre je Fr. 500 000.—; einbezahlt: durch A-Aktionäre Fr. 500 000.—, durch B-Aktionäre Fr. 100 000.—.

Bilanz nach Tilgung der Schulden

B-Aktionäre	Fr. 400 000	Kapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 1 500 000	Gewinn	Fr. 900 000
	<u>Fr. 1 900 000</u>		<u>Fr. 1 900 000</u>

Verteilungsbilanz

Kassa	Fr. 1 500 000	A-Aktionäre	Fr. 500 000
		B-Aktionäre	Fr. 100 000
		Gewinn	Fr. 900 000
	<u>Fr. 1 500 000</u>		<u>Fr. 1 500 000</u>

Der zur Verteilung gelangende Ueberschuss beträgt Fr. 1 500 000.—.

Nach schweizerischem Recht gelangen, entsprechend der Liberierung, vom Liquidationserlös $\frac{5}{6}$ an die A- und $\frac{1}{6}$ an die B-Aktionäre.

Die A-Aktionäre erhalten demnach Fr. 1 250 000.—; den B-Aktionären stehen Fr. 250 000.— zu.

¹⁸ Lachenal 14 (version bénéficiaire).

Nach der Formel des deutschen Rechts erhalten die

	<i>A-Aktionäre</i>	<i>B-Aktionäre</i>
den einbezahlten Betrag zurück	Fr 500 000	Fr. 100 000
Beide Aktionär-Kategorien haben je die Hälfte der Aktien von gleichem Nennwert gezeichnet; es wird ihnen also je die Hälfte des Gewinnes ausbezahlt	Fr. 450 000	Fr. 450 000
	<u>Fr. 950 000</u>	<u>Fr. 550 000</u>

Besonders dann, wenn man den Anteil betrachtet, der den B-Aktionären zufällt, die ihre Aktien nur zum Teil liberiert haben, ist der Unterschied augenfällig, welcher sich aus der Anwendung der einen oder der andern Formel ergibt.

3. Die Ursachen der unterschiedlichen Resultate

Im HGB. resp. DAG ist Grundlage für die Art der Berechnung der Anteile der Gedanke, dass der Aktionär für die gesamte übernommene Einlageverpflichtung zu entschädigen sei, denn die AG habe ihre Gewinne und auch einen Gewinn bei der Liquidation nicht allein mit dem liberierten, sondern ebensosehr mit dem nicht liberierten Teil des Aktienkapitals erzielt. Ihm steht — nach dem OR — die Ueberlegung gegenüber, dass die gewinnbringende Tätigkeit allein auf die Werte zurückzuführen sei, die tatsächlich in das Vermögen der AG übergeführt worden sind¹⁹.

Die beiden Rechte messen also dem nicht liberierten Teil des Grundkapitals nicht die gleiche Bedeutung zu.

4. Die Berechtigung der Regelung nach schweizerischem Recht

Ohne Zweifel darf davon ausgegangen werden, dass der nicht einbezahlte Teil des Aktienkapitals der AG bis zu einem gewissen Grad Kredit verschafft, stellt er doch ein Garantiekapital dar²⁰, auf das im schlimmsten Fall zurückgegriffen werden kann. Wie weit dieser Kredit geht, hängt von der Beurteilung der Einbringlichkeit der ausstehenden

¹⁹ Fischer 52.

²⁰ Botsch 40.

Aktienbeträge ab. Sie dürfte insofern günstig sein, als es sich beim ausstehenden Kapital um Forderungen der AG gegenüber Namenaktionären (OR 683 I), also bekannten Aktionären, handelt, und es kann, sofern die Statuten nichts anderes vorsehen, jederzeit einberufen werden²¹. Ueber seine Kreditwürdigkeit entscheiden aber letztlich die Wirtschaftslage und andere Umstände, die von Gesellschaft zu Gesellschaft verschieden sind. Fest steht jedenfalls allgemein, dass der liberierte Teil des Aktienkapitals grundsätzlich durch Vermögensbestandteile der Gesellschaft gedeckt und zugunsten der Gläubiger zu erhalten ist. Ueber den nicht liberalierten Teil hingegen haben die Aktionäre aber volle Verfügungsfreiheit, haben sie doch keine Sicherheit zu leisten; Gewissheit über seine Einbringlichkeit besteht jedoch nicht. Das Vertrauen in diesen Teil des Aktienkapitals wird also nie in dem Masse bestehen, wie das der Fall ist für den Teil, der durch Einlagen tatsächlich aufgebracht worden ist.

Eine Verteilung des Liquidationsergebnisses oder — entsprechend der Regelung des deutschen Rechts — eines Teils davon, des Gewinns, auf der Grundlage des Nominalwertes der Aktien ist daher nicht angebracht, würde sie doch den nicht liberalierten Teil des Aktienkapitals überwerten.

Selbst wenn man zum Schluss kommen sollte, dass der Aktionär, der nicht voll liberaliert hat, für das unbestimmbare Mass, um das er den Kredit der AG erhöht, zu entschädigen sei, so ist darauf hinzuweisen, dass er über den Teil des Aktienkapitals, der noch nicht eingefordert worden ist, frei verfügen kann; er kann mit einem Darlehen verglichen werden, das ihm die AG gewährt. Er hat die Möglichkeit, damit anderweitige Anlagen zu machen und es so gewinnbringend zu verwenden²².

Die Regelung des HGB, resp. DAG leitet sich ohne Zweifel aus derjenigen, wie sie in der Regel bei der Auflösung der Kollektivgesellschaft angewendet wird, ab; die Gesellschafter erhalten, soweit möglich, ihre Kapitaleinlage zurück, worauf ein noch verbleibender Betrag als Gewinn verteilt wird²³. Aber auch hier ist wohl kaum die Rede davon, dass der Gewinnanteil nach Massgabe der Haftung des einzelnen Gesellschafters, also seines gesamten Vermögens (OR 568 I), zu berechnen sei; auch hier ist, neben andern Faktoren, die sich aus dem Charakter als Personengesellschaft ergeben, die Beteiligung am Unternehmen ausschlaggebend.

²¹ *Dick* 56; *Wettstein* 40.

²² *Wettstein* 29.

²³ *Siegwart* Art. 588 N 1.

Eine Verteilung des Liquidationsergebnisses nach Massgabe der auf die Aktien eingelegten Beträge, wie sie OR 661 und 745 I vorsehen, ist daher nicht «unzulässig» und widerspricht keineswegs der Gerechtigkeit oder Logik²⁴. Wie dargelegt, besteht keine Gleichheit in den Pflichten zwischen den Aktionären, die voll liberiert haben, einerseits und den Aktionären, die nur teilweise liberiert haben, anderseits der AG gegenüber. Es besteht daher kein Grund zu postulieren, es seien ihnen je die gleichen Rechte zuzuerkennen²⁵. Die Proportionalität in den Rechten, die ihnen das schweizerische Recht gewährt, ist durchaus gerechtfertigt.

B) Die gerechte Verteilung des Liquidationsergebnisses

1. Einwände gegen die Regelung des schweizerischen Rechts

Aus zwei Beispielen erhellt eine weitere scheinbare Ungerechtfertigkeit der Formel des schweizerischen Rechts, die dann Tatsache wird, wenn die Liquidation mit einem Verlust abschliesst.

- a) Bei einem Verlust, der kleiner ist als das einbezahlte Grundkapital

*Beispiel Nr. 3*²⁶

Grundkapital Fr. 1 000 000.—, davon einbezahlt Fr. 600 000.—;
1000 Aktien zu Fr. 1000.— nominal; gezeichnet durch A- und
B-Aktionäre je Fr. 500 000.—; liberiert durch A-Aktionäre
Fr. 500 000.—, durch B-Aktionäre Fr. 100 000.—

Bilanz am Anfang der Liquidation

B-Aktionäre	Fr. 400 000	Kapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 1 460 000	Passiven	Fr. 1 100 000
Verlust	Fr. 240 000		
	<u>Fr. 2 100 000</u>		<u>Fr. 2 100 000</u>

²⁴ Anderer Meinung: Folliet 183 oben (Hier allerdings in bezug auf die Berechnung der Gewinnanteile, aber im Prinzip auch für diejenige der Anteile am Liquidationsergebnis).

²⁵ Folliet 187 Mitte.

²⁶ Folliet 185, Bilan II.

Bilanz nach Tilgung der Schulden

B-Aktionäre	Fr. 400 000	Kapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 360 000		
Verlust	Fr. 240 000		
	Fr. 1 000 000		Fr. 1 000 000

Verteilungsbilanz

Kassa	Fr. 360 000	A-Aktionäre	Fr. 500 000
Verlust	Fr. 240 000	B-Aktionäre	Fr. 100 000
	Fr. 600 000		Fr. 600 000

Die Aktiven der Gesellschaft reichten wohl aus, um alle Schulden zu tilgen; hingegen genügt das Liquidationsergebnis, die Summe von *Fr. 360 000.—* nicht, um einen Betrag in der Höhe des eingelegten Kapitals an die Aktionäre zu verteilen.

Nach schweizerischem Recht erhalten die *A-Aktionäre* wiederum $\frac{5}{6}$ des Liquidationserlöses von *Fr. 360 000.—* als solchem, d. h. *Fr. 300 000.—*, die *B-Aktionäre* $\frac{1}{6}$, d. h. *Fr. 60 000.—*. Die *A-Aktionäre*, die $\frac{5}{6}$ des Aktienkapitals liberiert hatten, erhalten *Fr. 200 000.—* weniger als sie eingelegt hatten. Sie tragen damit vom *Verlust*, der *Fr. 240 000.—* beträgt, $\frac{5}{6}$. Die *B-Aktionäre*, die $\frac{1}{6}$ des Aktienkapitals liberiert hatten, müssen auf *Fr. 40 000.—* verzichten. Sie tragen damit $\frac{1}{6}$ des gesamten *Verlustes*, den die Liquidation ergeben hat.

b) Bei einem Verlust, der grösser ist als das einbezahlte
Grundkapital

*Beispiel Nr. 4*²⁷

Die Zahlengrundlagen entsprechen dem Beispiel Nr. 3

²⁷ *Lachenal* 10/11 (version déficitaire).

Bilanz vor Verteilung der Schulden

B-Aktionäre	Fr. 400 000	Kapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 700 000	Passiven	Fr. 1 000 000
Verlust	Fr. 900 000		
	<u>Fr. 2 000 000</u>		<u>Fr. 2 000 000</u>

Zur Tilgung der Schulden sind von den B-Aktionären Fr. 300 000.— einzuziehen.

Bilanz nach Tilgung der Schulden

B-Aktionäre	Fr. 100 000	Kapital	Fr. 1 000 000
Verlust	Fr. 900 000		
	<u>Fr. 1 000 000</u>		<u>Fr. 1 000 000</u>

Verteilungsbilanz

Verlust	Fr. 900 000	A-Aktionäre	Fr. 500 000
		B-Aktionäre	Fr. 400 000
	<u>Fr. 900 000</u>		<u>Fr. 900 000</u>

Es ist kein Reinvermögen vorhanden, das als Liquidationsergebnis zur Verteilung an die Aktionäre gelangen könnte. Abgesehen davon, dass die B-Aktionäre zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft Fr. 300 000.— einzulegen hatten, gehen *A-* wie *B-Aktionäre* nach den Normen des OR *leer* aus. Die *A-Aktionäre* hatten $\frac{5}{6}$ des Aktienkapitals liberiert. Sie verlieren Fr. 500 000.— und tragen damit vom *Verlust* von Fr. 900 000.— $\frac{5}{9}$. Die *B-Aktionäre* hatten anfänglich Fr. 100 000.—, d. h. $\frac{1}{6}$ des Aktienkapitals liberiert. Durch ihre Einzahlungen im Laufe der Abwicklung erhöht sich diese Summe auf Fr. 400 000.—, die sie auch verlieren. Sie tragen somit $\frac{4}{9}$ des *Verlustes*.

Beim Beispiel Nr. 3 gibt die Regelung der Tragung des Verlustes zu keinen Bedenken Anlass: er wird im gleichen Verhältnis getragen, in dem ein allfälliger Gewinn verteilt worden wäre.

Hingegen begebenet die Regelung anhand des Resultats, das Beispiel Nr. 4 ergibt. Kritik. Die B-Aktionäre hatten ursprünglich Einlagen gemacht, die in ihrer Summe $\frac{1}{6}$ des Aktienkapitals betrug. Sie hatten einen

entsprechenden Anteil am jeweiligen Reingewinn (OR 661) und hätten im Fall, dass die Liquidation mit einem Gewinn abgeschlossen hätte, daran ebenfalls mit $\frac{1}{6}$ partizipiert. Nun haben sie von einem Verlust die höhere Quote von $\frac{4}{9}$ zu tragen, was als ungerecht erscheint.

2. Der postulierte Weg zur Verhinderung der angeblichen Ungerechtigkeit

Diese scheinbar unbegründete Auswirkung wird zum Anlass genommen, die Anwendung einer Regelung zu empfehlen²⁸, die derjenigen des deutschen Rechts gleichkommt. Darnach ist der Verlust von den Aktionären nach Massgabe des Nennwertes zu tragen, wobei nötigenfalls Nachschüsse zu leisten wären²⁹. Das ergäbe nach den Zahlen des Beispiels Nr. 4 folgende Rechnung:

A-Aktionäre:

Einlage	Fr. 500 000.—
Tragung von $\frac{1}{2}$ des Verlustes	— Fr. 450 000.—
erhalten ausbezahlt	<u>Fr. 50 000.—</u>

B-Aktionäre:

ursprüngliche Einlage	Fr. 100 000.—
Tragung von $\frac{1}{2}$ des Verlustes	— Fr. 450 000.—
(erhalten)	— Fr. 350 000.—)
haben einzuzahlen:	
zu Gunsten der Gläubiger	Fr. 300 000.—
zu Gunsten der A-Aktionäre	<u>Fr. 50 000.—</u> <u>Fr. 350 000.—</u>

Nach dieser Lösung haben die B-Aktionäre nicht nur Fr. 300 000.— (gemäss OR) einzuzahlen, sondern einen noch höheren Betrag. Das erscheint unter dem Gesichtspunkt, dass Gewinn und Verlust im gleichen Verhältnis zu verteilen, resp. zu tragen seien, als logisch und gerecht.

²⁸ Folliet 189 oben.

²⁹ Vgl. HGB 300 III, DAG 212 III.

3. Die Angemessenheit der Regelung des schweizerischen Rechts

Die eben erwähnte Art der Tragung des Verlusts entspricht aber nicht den Grundsätzen, die das Aktienrecht beherrschen; sie mag für Kollektivgesellschaften, die sich nicht nur durch ihre unbeschränkte, sondern auch solidarische Haftung auszeichnen (OR 568 I), durchaus am Platze sein.

Bei der AG haften die Gesellschafter bis zur Höhe des Betrages, den sie gezeichnet haben. Im Erwerbsstadium steht es der Gesellschaft grundsätzlich frei, das ausstehende Aktienkapital einzuberufen. In der Liquidation kann aber ein Bedürfnis nach neuen Einzahlungen nur soweit gehen, als die Verbindlichkeiten der AG zu tilgen sind, verfolgt sie doch keinen andern Zweck mehr, als sich aufzulösen. Die Liquidatoren haben denn auch die noch ausstehenden Aktienbeträge «nötigenfalls» einzuziehen (OR 743 I), d. h. soweit als diese benötigt werden, um die Schulden der Aktiengesellschaft zu tilgen³⁰, und der Aktionär ist «bis zur Deckung dieser Schulden nachschusspflichtig»³¹, insbesondere kann er im Stadium der Liquidation keine Einreden — wie in den Statuten vorgesehene Daten, Betrug, Irrtum oder Mängel bei der Gründung³², Bedingungen, Nebenabreden³³ — geltend machen. Die Aktionäre haben wohl ihrer Nachschusspflicht zugunsten der Gläubiger nachzukommen, keineswegs aber einer Ausgleichspflicht gegenüber den Mitaktionären.

Die Begrenzung der Nachschusspflicht führt nicht notwendigerweise eine Ungleichheit zwischen der Verteilung von allfälligem Gewinn und der Tragung eines eventuellen Verlustes herbei. Sie wird erst begründet durch die verschieden hohe Liberierung der Aktien. Haben die Aktionäre dagegen keinen Widerspruch erhoben, so haben sie einer bestimmten Art der Gewinnverteilung, woran wohl in erster Linie gedacht wird³⁴, aber auch der Verlusttragung zugestimmt. Beide beruhen auf der konsequenten Anwendung des Gedankens, dass auch der Aktionär, der nur einen Teil seiner Aktie liberiert hat, mit dem andern Teil Erträgnisse erzielen kann, wie der Aktionär, der voll liberiert hat. Wohl haben nicht beide Aktionärskategorien die gleichen Rechte der AG gegenüber: sie haben aber die gleichen Chancen, mit ihrem Kapital Gewinne zu machen, und von beiden

³⁰ *Schucàny* Art. 743 A 2.

³¹ BGE 39 II 535.

³² BGE 33 II 159 ff.; 41 II 588 ff.

³³ BGE 51 II 181, 64 II 281.

³⁴ *J. G. Egger* 38.

zu verlangen, ihrer Einlage- resp. Nachschusspflicht im Rahmen der aktienrechtlichen Begrenzungen zu genügen, ist nicht unbillig.

Die vom OR normierte Art der Berechnung der Anteile am Liquidationsergebnis entspricht auch in bezug auf die Verlusttragung durchaus aktienrechtlichen Prinzipien. Sie ist keineswegs unlogisch³⁵; angesichts ihres klaren und eindeutigen Wortlauts³⁶ und angesichts der Grundlagen, auf denen sie beruhen, besteht kein Grund, den Bestimmungen von OR 661 und 745 I eine ihren Sinn verkennende Auslegung zu geben³⁷.

C) Die Durchführbarkeit der Verteilung auf Grund der Regelung des schweizerischen Rechts

1. Einwände

Folliet bezweifelt nicht nur die Angemessenheit der Regelung in OR 661/745 I: er behauptet auch, dass die Bestimmungen des Gesetzes gar nicht anwendbar seien³⁸. Sein Gedankengang wird mit dem folgenden Beispiel deutlich.

*Beispiel Nr. 5*³⁹

Grundkapital Fr. 1 000 000.—, davon liberiert Fr. 600 000.—.
1000 Aktien zu Fr. 1000.— nominal; gezeichnet durch die A- und B-Aktionäre je Fr. 500 000.—; liberiert durch die A-Aktionäre Fr. 500 000.—, durch die B-Aktionäre Fr. 100 000.—.

Bilanz zu Beginn der Liquidation

B-Aktionäre	Fr. 400 000	Kapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 1 750 000	Passiven	Fr. 1 100 000
		Gewinn	Fr. 50 000
	Fr. 2 150 000		Fr. 2 150 000

³⁵ *Lachenal* 19 conclusion.

³⁶ *Lachenal* 12 Mitte.

³⁷ Vgl. von *Steiger* 330; *Folliet* 190 oben.

³⁸ *Folliet* 188 ff.; *Folliet* in *Sem Jud* 72 385 ff.

³⁹ *Folliet* 185 Bilan I.

Bilanz nach Tilgung der Schulden ⁴⁰

B-Aktionäre	Fr. 400 000	Kapital	Fr. 1 000 000
Kassa	Fr. 650 000	Gewinn	Fr. 50 000
	<u>Fr. 1 050 000</u>		<u>Fr. 1 050 000</u>

Verteilungsbilanz (nach Folliet)

Total der		Zu verteilendes	
Aktiven	<u>Fr. 1 050 000</u>	Reinvermögen	<u>Fr. 1 050 000</u>

2. Die Ursache der angeblichen Undurchführbarkeit

Diese Verteilungsbilanz zeichnet sich dadurch aus, dass unter den Aktiven neben dem Kassabestand auch noch der nicht liberierte Teil des Aktienkapitals als Guthaben gegenüber den B-Aktionären figuriert. Unter diesen Umständen freilich lässt sich das Reinvermögen, das der Summe der Aktiven entspricht, nicht nach Massgabe der einbezahlten Beträge, wie es das Gesetz verlangt, verteilen⁴¹; denn es ist nicht möglich, die Anteile der Aktionäre zu berechnen, würde doch auf sie, da es einen Teil der zu verteilenden Aktiven darstellt, eine Quote des nicht liberierten Kapitals entfallen⁴².

3. Nachweis der Durchführbarkeit

Die Lösung des Problems dürfte aber nicht darin liegen, dass man die Verteilung nach Massgabe des Nennwertes der Aktien vornimmt⁴³, also wiederum entsprechend der Regelung von HGB 300. resp. DAG 212. Denn dabei wird nicht nur der Wortlaut des Gesetzes vollkommen missachtet, sondern man gelangt auch zu einem Ergebnis, das als gleichermassen ungerecht zu bezeichnen ist⁴⁴, wenn man bedenkt, in welchem Masse die B-Aktionäre Nachschüsse zu leisten haben⁴⁵. Vielmehr ist den Buchungsoperationen die notwendige Beachtung zu schenken.

⁴⁰ Entspricht: *Folliet* 188 unten, Bilan I, wobei die Schulden der AG bereits abgezogen sind.

⁴¹ *Folliet* 188 unten.

⁴² *Folliet* 188 Mitte.

⁴³ *Folliet* 189 oben.

⁴⁴ *Folliet* 189 Mitte.

⁴⁵ Vorn 34.

a) Die Ausscheidung der Guthaben der Aktionäre

Es gilt, die Bilanz der AG auf gebräuchlichem buchungstechnischem Wege in die Form zu bringen, welche die Anteile der Aktionäre ohne Schwierigkeiten errechnen lässt. Dies geschieht dadurch, dass man die Buchungssätze «Aktien an Kapital» und «Aktionäre an Aktien», oder verkürzt: «Aktionäre an Kapital», die bei der Gründung der Gesellschaft üblich sind ⁴⁶, jetzt, bei der Auflösung, in umgekehrter Form anwendet ⁴⁷: «Kapital an Aktionäre». Das ist nicht nur möglich, sondern unerlässlich ⁴⁸, will man zu einer sauberen Lösung gelangen. Da auch die Guthaben der einzelnen Aktionäre auszuschneiden sind, kommen die Buchungssätze:

Kapital an A-Aktionäre Fr. 500 000.— und

Kapital an B-Aktionäre Fr. 500 000.—

zur Anwendung ⁴⁹. So ergibt sich die folgende

Bilanz nach Tilgung der Schulden

B-Aktionäre	Fr. 400 000	A-Aktionäre	Fr. 500 000
Kassa	Fr. 650 000	B-Aktionäre	Fr. 500 000
		Gewinn	Fr. 50 000
	Fr. 1 050 000		Fr. 1 050 000

b) Die Auflösung des Postens «nicht liberiertes Grundkapital»

Gemäss OR 663 II ist der Betrag des nicht liberierten Grundkapitals unter den Aktiven gesondert aufzuführen. Einerseits kommt so zum Ausdruck, dass dieser Betrag ein Guthaben der AG darstellt, anderseits wird damit augenfällig, dass das Grundkapital nicht voll durch Einlagen gedeckt ist. Diese Massregel verliert am Ende der Liquidation ihre Bedeutung, wenn die Voraussetzungen für die Auskehrung des Vermögens an die AG geschaffen wurden, d. h. die Verpflichtungen der Gesellschaft erfüllt worden sind. Der Aktivposten «nicht liberiertes Grundkapital» kann daher abgebucht werden; er wird mit den Guthabenposten der einzelnen B-Aktionäre verrechnet, die sich um seinen Betrag vermindern ⁵⁰.

⁴⁶ Folliet Bilan 143.

⁴⁷ Lachenal 14 oben.

⁴⁸ Lachenal 13 unten.

⁴⁹ Lachenal 14.

⁵⁰ Vgl. Lachenal 18.

Daraus resultiert folgende

Verteilungsbilanz

Kassa	Fr. 650 000	A-Aktionäre	Fr. 500 000
		B-Aktionäre	Fr. 100 000
		Gewinn	Fr. 50 000
	Fr. 650 000		Fr. 650 000

Ganz eindeutig steht damit fest, dass Fr. 650 000.— zur Verteilung gelangen; ebenso offensichtlich wird damit das Verhältnis, in dem die Aktionäre zueinander stehen.

Die Bestimmungen des Gesetzes über die Berechnung des Anteils am Liquidationsergebnis sind somit keineswegs unlogisch und dürfen auch hinsichtlich der Durchführbarkeit der Verteilung als eine normale Lösung bezeichnet werden.

D) Andere Regelung der Verwendung des
Liquidationsergebnisses und der Berechnung
der Anteile der Aktionäre

Die bisher dargestellte Art der Verwendung des Liquidationsergebnisses stellt, trotz ihrer Grundsätzlichkeit, nicht mehr als die Regel dar, von der Ausnahmen statuiert werden können. Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Art der Verteilung des Liquidationserlöses zum Inhalt haben, weisen denn auch keineswegs zwingenden Charakter auf. Sie sind dahin formuliert, dass sie nur soweit Geltung haben, als die Statuten nicht etwas anderes vorsehen (OR 660 II, 661, 745 I).

Sie sind also dispositiver Natur und der AG scheint es vollkommen frei zu stehen, eine vom Wortlaut des Gesetzes abweichende Norm in die Statuten aufzunehmen oder eine dort bereits bestehende Norm abändern zu können. Dass das aber nur unter bestimmten Voraussetzungen geschehen kann, ist weiter hinten zu zeigen ⁵¹.

1. In bezug auf das Liquidationsergebnis ⁵²

Denkbar ist, dass das Liquidationsergebnis überhaupt nicht oder nur zum Teil zur Verteilung unter die Aktionäre gelangen soll. So kann eine

⁵¹ Hinten 85 ff.

⁵² Vorn 23 ff.

gemeinnützige Institution bedacht werden; insbesondere kann, entsprechend der Praxis im Erwerbsstadium, eine Massnahme zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden, indem eine letzte Einlage in den Wohlfahrtsfonds gemacht wird. Der Erlös kann auch zu politischen Zwecken verwendet werden, kann an ein Gemeinwesen fallen und was der Möglichkeiten mehr sind, die von AG zu AG verschieden sind.

2. In bezug auf die Art der Berechnung der Anteile

Die in dieser Arbeit vertretene Ansicht über die Art der Berechnung der Anteile der Aktionäre beruht letzten Endes auf einer Interessenabwägung: sie muss nicht auf jede AG zutreffen. Da oder dort mag eine andere Regelung am Platze sein. Sie wird sich ganz besonders dann aufdrängen, wenn an Aktionäre oder Dritte als Entgelt für besondere Leistungen spezielle Rechte ausbedungen werden müssen⁵³.

Es kann sich nicht darum handeln, hier einen vollständigen Katalog über die verschiedenen sich bietenden Lösungen zu erstellen. Doch sei darauf hingewiesen, dass auch die abgelehnte, dem deutschen Recht entnommene Regelung, je nach der Lage der Dinge, am Platze sein mag. Ferner sei eine Variation erwähnt, wie sie oft für die Berechnung der Anteile am Reingewinn angewandt wird: neben einer ersten Dividende gelangt eine Superdividende zur Ausschüttung⁵⁴. So könnte, falls dem nicht einbezahlten Kapital eine grössere Wirkung zugeschrieben wird, ein gewisser, im voraus bestimmter Prozentsatz des Liquidationserlöses auf der Grundlage des Nennwerts ausgekehrt werden, währenddem für den Rest der einbezahlte Teil der Aktien massgebend wäre — oder umgekehrt⁵⁵.

3. Die Schaffung von Vorzugsaktien⁵⁶

Will die AG ihr Kapital erhöhen oder sollen Gläubigerrechte in Aktien umgewandelt werden, so ist sie oft genötigt, Vorzugsaktien auszugeben, die den Aktionären gegenüber den Inhabern der bisher bestehenden Stammaktien — oder Stamm- und schon früher ausgegebenen Vorzugsaktien — ein grösseres Mass an Rechten gewähren⁵⁷. Diese Bevorzugung

⁵³ 40 ff.

⁵⁴ *Folliet* 183.

⁵⁵ So für die Dividende: *Folliet* 183.

⁵⁶ *Siegiwart* Art. 654—656 N 1 ff.; *von Steiger* 65.

⁵⁷ *Siegiwart* Art. 654—656 N 1, 2.

kann neben andern Rechten auch den Anspruch auf Anteil am Liquidationsergebnis zum Inhalt haben (OR 656 II): sie ist in den Statuten zu umschreiben (OR 656 I).

Die Vorzugsstellung kann auf die verschiedensten Arten normiert werden⁵⁸: sie besteht im allgemeinen darin, dass die Ansprüche der Prioritätsaktionäre vorweg erfüllt werden⁵⁹, währenddem der Rest des Liquidationsergebnisses an die Stammaktionäre ausgekehrt wird⁶⁰: dabei wird für die letzteren, sofern keine besondere Regelung getroffen worden ist, der allgemeine Verteilungsmodus (OR 661) zur Anwendung kommen. Für die Vorzugsaktien wird die Höhe der Quote besonders zu umschreiben sein. Sie kann z. B. dem Nennbetrag entsprechen oder grösser oder kleiner als dieser sein: die Bevorzugung kann kumulativ darin bestehen, dass die Vorzugsaktionäre nach ihrer Vorwegbefriedigung neben den Stammaktionären in einem bestimmten Verhältnis zu diesen am Rest des Liquidationsergebnisses mitanspruchsberechtigt sind⁶¹. Denkbar ist auch, dass die Vorzugs- neben den Stammaktionären befriedigt werden, wobei aber den ersteren eine prozentual höhere Quote zufallen wird⁶². Ferner ist möglich, dass die Prioritätsaktionäre in bezug auf die verschiedenen Rechte eine Vorzugsstellung geniessen, aber bei der Verteilung des Liquidationsergebnisses erst nach der Auszahlung der Anteile der Stammaktionäre Anspruch auf eine Quote am Ueberschuss haben⁶³.

4. Die Gewährung von Gründervorteilen⁶⁴ die Ausgabe von Gründeranteilscheinen, Genussscheinen⁶⁵

Die AG kann sich veranlasst sehen, an Personen, die sich in irgendeiner Weise um ihre Gründung verdient gemacht haben⁶⁶, sogenannte

⁵⁸ Vgl. ein Beispiel bei von Steiger 65.

⁵⁹ Schucany Art. 656 A 2.

⁶⁰ Die Vorwegbefriedigung der Vorzugsaktionäre wirkt sich nicht unbedingt als Besserstellung gegenüber den Stammaktionären aus. Sie gewährt ihnen lediglich insofern einen Vorteil, als die Chance, ihre Ansprüche erfüllt zu sehen, grösser ist. Ob sie im übrigen besser fahren, entscheidet die Höhe des Liquidationsergebnisses. Ist es sehr gross, so können unter Umständen die Stammaktionäre einen grösseren Anteil erhalten, es sei denn, worauf auch hingewiesen wird, dass die Prioritätsaktionäre zusätzlich neben den Stammaktionären anteilsberechtig sind.

⁶¹ Vgl. hiezu Siegwart Art. 654—656 N 10.

⁶² von Steiger 330.

⁶³ Siegwart Art. 654—656 N 3.

⁶⁴ Siegwart Art. 628 N 60 ff.; von Steiger 79 ff.

⁶⁵ Siegwart Art. 657—658 I ff.; von Steiger 65/66, 81 ff.

⁶⁶ Siegwart Art. 628 N 60.

Gründervorteile zu verschaffen. Möglicherweise bestehen diese in einem Anspruch auf das Vermögen bei der Liquidation, der neben denen der Gläubiger gleichberechtigt ist, oder einem solchen, der hinter den Gläubigern, aber vor den Aktionären zu befriedigen ist, also am ehesten mit einem Anspruch auf einen Anteil am Liquidationsergebnis eines Vorzugsaktionärs zu vergleichen ist.

Meist wird eine solche Privilegierung in Gründeranteilscheinen oder Genussscheinen verbrieft. Letztere werden auch an Personen, die der AG einen Vorteil verschafft haben, als Gegenwert für ihre Leistung abgegeben⁶⁷. Wie bei den Vorzugsaktien ist der Umfang des Anspruches in den Statuten zu normieren (OR 627 Ziff. 9, 628 III, 657 I). Neben andern Ansprüchen kann er einen solchen auf einen Anteil am Liquidationsergebnis gewähren. Der Anspruch des Genussscheininhabers kann dem Recht der Aktionäre auf Anteil am Liquidationsergebnis vor-, nach- oder nebenhergehen; er kann auf eine bestimmte Summe oder auf einen bestimmten Prozentsatz des Liquidationsergebnisses gehen; er kann allein oder zusätzlich mit den Ansprüchen der Aktionäre bestehen und was der Möglichkeiten mehr sind⁶⁸.

⁶⁷ *Siegwart* Art. 657—658 N 13.

⁶⁸ *Siegwart* Art. 657—658 N 28, 31; *von Steiger* 82.

3. Abschnitt

Das Recht auf Durchführung der Liquidation

§ 5. Notwendigkeit und rechtliche Natur des Rechts auf Durchführung der Liquidation

Ein Recht auf Durchführung der Liquidation wird zwar in keinem Gesetz und wohl auch in keinen Statuten normiert. Doch hatte der Aktionär auch im Erwerbsstadium nicht bloss einen Anspruch auf Auszahlung eines Anteils am Reingewinn, sondern auch auf gewinnbringende Geschäftsführung¹. Die Auflösung bewirkt zwar den Untergang dieser Rechte²; die AG besteht aber während der Liquidation nicht zu einem beliebigen Zwecke weiter. Ihre Tätigkeit hat sich auf die dannzumalige Auszahlung des Reinvermögens zu richten. In diesem Sinne hat der Aktionär einen Anspruch auf die Durchführung der Liquidation. Er erwächst ihm aus dem generellen Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis und ist wie dieses selbst ein mitgliedschaftliches Recht; er ist mit der Mitgliedschaft untrennbar verbunden und kann vom Aktionär nur mit den Mitteln, welche ihm in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zustehen³, geltend gemacht werden.

Das Recht auf Durchführung wird erst mit der Auflösung wirksam, entsteht gleichzeitig mit ihrer Anordnung und hat demnach auch die gleichen Entstehungsgründe⁴.

¹ *Bürgi* Art. 660/661 N 11 ff.

² *Steiger* 110.

³ Vgl. hinten 95 ff.

⁴ Wenn hier von der Entstehung des Rechts auf Durchführung der Liquidation die Rede ist, so ist damit noch nicht abgeklärt, ob es wieder entzogen werden kann (vgl. hinten 92 ff.).

§ 6. Die Voraussetzungen der Geltendmachung des Rechts auf Durchführung der Liquidation

I. Auflösung gemäss Statuten

A) Inhalt und Wirkung der Statutenbestimmung

In der Regel wird eine AG für unbestimmte Zeit errichtet: doch kann im voraus durch eine Bestimmung in den Statuten, die im Handelsregister einzutragen ist (OR 627 Ziff. 4), ihre Dauer beschränkt werden, sei es dadurch, dass ein Datum, bis zu dem sie bestehen, oder eine gewisse Zeitspanne, während der sie ihre Tätigkeit ausüben soll, festgesetzt wird, sei es dadurch, dass die Auflösung abhängig gemacht wird vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses, wie dem Ausbruch eines Krieges, dem Tod eines Aktionärs, dem Verlust eines gewissen Teils des Grundkapitals oder der Nichterneuerung einer Konzession, dem Verkauf von Grundstücken oder eines Unternehmens, der Beendigung eines Ausstellungsbetriebes, dem Verlust, Untergang, Entzug oder Verbot des Geschäftsgegenstandes usw.¹.

Der Ablauf der vorgesehenen Zeitdauer oder der Eintritt des Ereignisses begründen die Auflösung der Gesellschaft (OR 736 Ziff. 1).

B) Verlängerung der Dauer der AG

Die AG ist nicht an die in den Statuten vorgesehene Zeit ihres Bestehens gebunden: die Generalversammlung kann unter bestimmten Voraussetzungen² ihre Verlängerung beschliessen (OR 649) und das Unternehmen mit unbegrenzter oder wiederum begrenzter Dauer weiterbestehen lassen.

Der Beschluss der Generalversammlung, das Bestehen der AG zu verlängern, wird — darüber kann kein Zweifel bestehen — rechtskräftig sein, wenn er vor dem in den Statuten zur Auflösung bestimmten Termin zustande kommt. Nicht eindeutig ist die Lage jedoch dann, wenn der Beschluss der Generalversammlung nach jenem Zeitpunkt gefasst wird.

¹ Silbernagel 199; Curti 169; von Steiger 312.

² Hinten 92.

Auf diese Frage ist im Zusammenhang mit dem Problem des Widerrufs der Auflösung³ einzutreten⁴.

Ohne Bedeutung ist, ob die Eintragung der Verlängerung im Handelsregister vor oder nach dem Ablauf der Zeitdauer oder dem Eintritt des Ereignisses, das die Auflösung begründen soll, erfolgt⁵. Zwar wird ein Beschluss der Generalversammlung Dritten gegenüber erst wirksam, wenn er im Handelsregister eingetragen ist (OR 647 III): die Eintragung des Verlängerungsbeschlusses müsste daher eigentlich vor dem Zeitpunkt, zu welchem die Auflösung vorgesehen war, erfolgen, um diesem Beschluss nach aussen die Gültigkeit zu verleihen. Es hat jedoch auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse keinen Einfluss, ob die AG in Liquidation tritt oder sich fortsetzt⁶, weshalb es auch gleichgültig ist, wann die Eintragung erfolgt. Wenn jemand ein Interesse an einer recht-, ja frühzeitigen Eintragung der Verlängerung hat, so ist es die AG selbst, wenn sie nicht vorübergehend ihre Kreditwürdigkeit in Zweifel gezogen haben will. Aber auch ein eventueller Schaden, der ihr aus der Verspätung erwachsen könnte, stellt keinen Grund dar, die Verlängerung ihres Bestehens zu verweigern.

II. Auflösung durch Beschluss der Generalversammlung

Der wohl häufigste Auflösungsgrund ist ein Beschluss der Generalversammlung, die AG zu liquidieren (OR 736 Ziff. 2). Er kann mit einfacher Mehrheit gefasst werden, wenn die AG auf unbegrenzte Dauer errichtet worden ist, muss jedoch in einer Generalversammlung, in der zwei Drittel der Aktien vertreten sind, gefasst werden (OR 649), wenn in den Statuten ein Termin festgesetzt worden war⁷.

Der Beschluss, die Liquidation durchzuführen, würde zu keinen weiteren Erörterungen Anlass geben, wäre nicht umstritten, ob er widerrufen, die AG in Liquidation wieder in eine verbende zurückverwandelt werden kann. Dieses Problem wird in einem besonderen Abschnitt behandelt⁸.

³ Hinten 47 ff.

⁴ Hinten 55.

⁵ Anderer Meinung: *Staub-Pinner* § 292 A 4.

⁶ Vorn 15.

⁷ Hinten 92.

⁸ § 7, Der Widerruf der Auflösung (hinten 47 ff.).

III. Auflösung aus wichtigen Gründen und in den übrigen vom Gesetze vorgesehenen Fällen⁹

Gemäss OR 736 Ziff. 4 kann die AG aus wichtigen Gründen und gemäss OR 736 Ziff. 5 «in den übrigen vom Gesetze vorgesehenen Fällen» aufgelöst werden. Es handelt sich um Tatbestände, bei denen die Auflösung nicht durch die Gesellschaft selbst, sondern durch eine Behörde, d. h. durch einen Richter oder durch den Handelsregisterführer, angeordnet werden kann. Je nach dem Fall, der vorliegt, unterscheiden sich dabei die Aktivlegimitation, die Voraussetzungen für die Anhebung einer Klage, die zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes gesetzten Frist usw.

A) Auflösung durch den Richter

Unter der Voraussetzung, dass beim Richter eine entsprechende Klage anhängig gemacht worden ist, wird er die Auflösung der Gesellschaft verfügen:

1. wenn wichtige Gründe vorliegen (OR 736 Ziff. 4)¹⁰;
2. wenn bei der Gründung Gesetz oder Statuten missachtet worden sind und dabei die Interessen der Aktionäre oder Gläubiger in erheblichem Masse gefährdet oder verletzt worden sind (OR 643);
3. wenn die Zahl der Aktionäre unter die vorgeschriebene Mindestzahl von drei gesunken ist oder die Organe der AG fehlen und der gesetzmässige Zustand nicht innerhalb einer bestimmten Zeit wieder hergestellt wird (OR 625);
4. wenn die AG unsittliche oder widerrechtliche Zwecke verfolgt (ZGB 57 III)¹¹.

B) Auflösung durch den Handelsregisterführer

Der Handelsregisterführer hat von Amtes wegen die AG aufzulösen, wenn die Vorschriften über die Staatszugehörigkeit und den Wohnsitz der Mitglieder der Verwaltung verletzt worden sind und nicht innert einer bestimmten Frist der vom Gesetze verlangte Zustand hergestellt worden ist (OR 711). Weitere Fälle ergeben sich aus der Revision des OR auf Grund der Schluss und Uebergangsbestimmungen¹²: sie ermangeln aber der allgemeinen Bedeutung, weshalb hier darauf nicht näher eingetreten wird.

⁹ Vgl. von Steiger 319 ff., 321 ff.

¹⁰ Darüber ausführlicher bei der Behandlung der Auflösungsklage (hinten 99 ff.).

¹¹ von Steiger 322.

¹² von Steiger 322 ee, ff.

§ 7. Der Widerruf der Auflösung

I. Ueberblick über den Stand der Kontroverse

Das deutsche Recht lässt den Widerruf der Auflösung der AG zu. Währenddem HGB 307 ihn nur in wenigen Fällen gestattete, wird er von der neuen Kodifikation des Aktienrechts ganz allgemein geregelt (DAG 215). Im schweizerischen Recht findet die Rückverwandlung der AG in Liquidation in eine werbende keine Erwähnung. Bei der Revision des OR wurde die Frage wohl berührt, die Entscheidung aber der Praxis überlassen¹. Das Bundesgericht wie die Verwaltungsbehörden haben in ihren Entscheidungen die Zulässigkeit der Rückgängigmachung der Auflösung verneint².

Ein Teil der Literatur macht sich die Argumente der schweizerischen Praxis zu eigen³, währenddem ein anderer Teil mehr den Erkenntnissen der deutschen Gerichte, der neueren deutschen Literatur und nicht zuletzt dem DAG folgt⁴.

II. Das Bedürfnis nach dem Widerruf der Auflösung

A) Gründe, die das Bedürfnis bejahen

Es liegen Gründe vor, die es rechtfertigen, die zur Frage des Widerrufs der Auflösung ergangenen Urteile zu prüfen. Es sind nicht allein die Vorteile der Aktionäre, welche die Rückgängigmachung der Auflösung als wünschbar erscheinen lassen; vielmehr lassen sich Interessen namhaft machen, die sich als solche des Wirtschaftslebens und der Allgemeinheit überhaupt bezeichnen lassen.

¹ Bulletin Ständerat 1931 577.

² Entscheid des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes in SJZ 23 48 = ZbJV 62 524; siehe auch *Curti* 176; Entscheid des Bundesrates in SJZ 25 82; in SAG 1 17 = ZbJV 64 374; Bundesgericht in SAG 11 68 — Pra 27 434; siehe auch von *Steiger* 313.

³ *Bachmann* Art. 664 N 1; *Wieland* II 180; *Peyer* 38; von *Steiger* 313; *Kunz* 34.

⁴ *Goldschmidt* 60, 155; *Schucany* Art. 736 A 3; *Hauser* 53 A 50.

1. Das Interesse der Allgemeinheit

Wenn wir in der Schweiz auch nicht so weit gehen, eine Massnahme als «volksschädigend»⁵ zu bezeichnen, so lässt sich doch sagen, dass die Volkswirtschaft grundsätzlich Schaden erleidet, wenn ein Unternehmen sich auflöst⁶. Bei einer Liquidation gehen Werte zu Grunde, die sich nicht durch ein Inventar erfassen lassen. Die einzelnen Geschäftseinrichtungen bleiben zwar wohl in neuen Händen erhalten und im Gebrauch: an Bedeutung und an Wert verlieren sie aber, wenn sie nicht mehr im Zusammenhang miteinander verwendet werden⁷. Desgleichen kann mit einem alten Namen des Unternehmens oder einer eingeführten Marke der Firma ein Wert untergehen, der sich nicht leicht bemessen lässt⁸. Von der Liquidation werden aber auch die Arbeiter und Angestellten der AG betroffen, die ihren Arbeitsplatz verlieren⁹; möglicherweise wird dadurch eine ganze Gegend von der Arbeitslosigkeit erfasst und nicht zuletzt mag eine Gemeinde durch die Einstellung des Betriebes grosse Ausfälle an fiskalischen Einnahmen erleiden.

2. Das Interesse der Aktionäre

Als weiterer Vorteil, den ein Widerruf der Auflösung bieten würde, ist zu erwähnen, dass die AG ohne weitere Verzögerung¹⁰ und vor allem ohne die Kosten, wie für Aktiendruck, Gebühren für die Eintragung im Handelsregister u. a. m.¹¹ — Nachteile, die sich bei einer Neugründung ergeben würden —, fortgesetzt werden könnte.

B) Gründe, die das Bedürfnis verneinen

Die Auflösung ist ein tiefgreifender Einschnitt in die Entwicklung und das Leben der AG. Sie stellt einen Schritt dar, der wohl überlegt werden muss. Wird ihre Rückgängigmachung zugelassen, so fragt es sich, ob damit eine leichtfertig angeordnete Auflösung geradezu belohnt werden soll.

⁵ Schürmann 6.

⁶ Lorenz 18.

⁷ Lorenz 18.

⁸ Schürmann 6.

⁹ Schürmann 7.

¹⁰ Hauser 46.

¹¹ Vgl. Hauser 45 ff.

1. Die Bedeutung der Eintragung der Liquidation im Handelsregister

Es ist anzunehmen, dass die AG mit den Liquidationshandlungen (OR 739 ff.) begonnen hat. Es wird auch davon auszugehen sein, dass die Auflösung im Handelsregister eingetragen worden ist und dass damit die Öffentlichkeit von diesen Tatsachen Kenntnis genommen hat und zukünftig davon ausgehen wird. Die Verkehrssicherheit verlangt das Vorliegen eindeutiger Verhältnisse, wie sie durch das Handelsregister zum Ausdruck kommen sollen. Wird die Auflösung widerrufen, so widerspricht das diesem Bedürfnis an Klarheit.

2. Die Möglichkeit einer Neugründung der AG

Ein weiterer Einwand gegen das Bedürfnis des Widerrufs kann nicht unterbleiben: annähernd alle Ziele, die mit der Rückverwandlung der Liquidationsgesellschaft in eine werbende Gesellschaft zusammenhängen, lassen sich auch mit einer Neugründung erreichen. Die neu gegründete AG hätte dabei das Unternehmen, soweit es trotz der Liquidation noch besteht, zu übernehmen. Dadurch würden die noch vorhandenen Werte in ihrem Zusammenhang erhalten bleiben und der Wirtschaft wie ihren Trägern blieben Schäden erspart. Angesichts der bevorstehenden Übernahme durch eine neu gegründete AG dürfte auch die auf die Liquidation gerichtete Tätigkeit der Gesellschaft umgestellt werden¹², so dass die Aufnahme des Betriebes nicht bis zur Gründung der neuen AG verzögert würde. Allerdings wäre die Neugründung mit Unkosten verbunden; doch wird eine tatsächlich lebensfähige AG diese nicht zu scheuen haben.

C) Ergebnis

Die Gründe, die sich zu Gunsten des Bedürfnisses eines Widerrufs der Auflösung namhaft machen lassen, sind durchaus aner kennenswert. Eine Abwägung der Interessen, die sich im positiven wie im negativen Sinne im Namen der Allgemeinheit geltend machen lassen, mag kein eindeutiges Resultat ergeben. Hingegen lässt die Möglichkeit der Neugründung einer AG doch erhebliche Zweifel darüber entstehen, ob ein legitimes Bedürfnis nach der Möglichkeit der Rückgängigmachung der Auflösung vorhanden ist; es besteht vor allem ein Interesse an der Erhaltung des

¹² Hinten 56.

Unternehmens, weniger aber an der Fortsetzung der aufgelösten AG, ganz abgesehen davon, dass sich auch Zweifel an der Rentabilität des Widerrufs der Auflösung nicht unterdrücken lassen.

Trotz diesem Ergebnis bleibt aber noch zu prüfen, ob das Gesetz den Widerruf der Auflösung zulässt¹³.

III. Die rechtliche Unzulässigkeit des Widerrufs der Auflösung

A) Die Wirkung der Auflösung auf das rechtliche Statut der AG

Die Zulässigkeit des Widerrufs wird mit den Argumenten abgelehnt, dass die Auflösung den Lebensnerv der Gesellschaft zerstöre¹⁴, dass die Auflösung durch den Auflösungsbeschluss nicht eingeleitet oder vorbereitet werde, sondern dass der Organismus selbst aufgelöst werde¹⁵, ferner dass somit ein Beschluss, die AG zurückzuverwandeln, ultra vires der Generalversammlung gehe¹⁶.

Man mag diese Gedanken der Begriffsjurisprudenz zuordnen¹⁷; jedenfalls scheinen sie auf der Annahme zu beruhen, dass die AG mit ihrer Auflösung rechtlich untergehe, eine Anschauung, die ja heute als überholt gilt¹⁸. Von einem Erlöschen der Gesellschaft mit der Auflösung kann daher nicht die Rede sein. Ebenso kann, trotzdem ein neues Organ — die Liquidatoren — seine Tätigkeit aufnimmt und notwendigerweise sich eine Neuordnung der Kompetenzen ergibt, nicht von der Auflösung des Organismus der AG und der Aufhebung der Funktion der andern Organe die Rede sein.

Die rechtlichen Wirkungen der Auflösung stehen also einer Rückverwandlung der AG in Liquidation in eine verbende keineswegs entgegen¹⁹.

B) Die Wirkung der Auflösung auf die Kompetenzen der Organe²⁰

Ein weiterer Einwand gegen den Widerruf der Auflösung beruft sich darauf, dass die Gesellschaft nur noch für die Liquidation fortbestehe:

¹³ Vgl. Kaufmann 60/61.

¹⁴ Pra 27 435.

¹⁵ SJZ 25 83.

¹⁶ Lehmann II 596; Staub-Pinner § 307 A 1.

¹⁷ Goldschmidt 60.

¹⁸ Vorn 15.

¹⁹ Lorenz 8; Schürmann 12/13.

²⁰ Vgl. Lorenz 8 ff.; Schürmann 11 ff.

ihr Zweck sei nunmehr ein beschränkter und gebiete ihr nur noch die Durchführung der Liquidationsgeschäfte²¹. Dementsprechend seien auch die Kompetenzen der Organe, insbesondere der Generalversammlung beschränkt. Ausserdem schliesse Entw 1928 728 — jetzt OR 739 II — den Widerruf geradezu aus²².

Das letzte Argument beruht auf einer recht weitgehenden Auslegung des Gesetzesentwurfs wie des Gesetzes, besonders angesichts dessen, dass die Entscheidung darüber, ob die Rückgängigmachung der Liquidation zuzulassen sei, der Praxis überlassen wurde²³. OR 739 II dürfte vor allem die interne Ausscheidung der Befugnisse der Organe im Auge haben als insbesondere eine Beschneidung der Kompetenzen der Generalversammlung²⁴.

Auch der Ablehnung, die sich auf OR 740 IV stützt, muss mit Zweifel begegnet werden. Ein Vergleich mit OR 705 zeigt, dass eine analoge Regelung für die Abberufung der Verwaltung und der Kontrollstelle besteht. Die Absicht, für die Liquidation die Kompetenzen der Generalversammlung in OR 740 abschliessend aufzuzählen, dürfte ebensowenig vorhanden sein, wie für das werbende Stadium in OR 705.

Richtig ist allerdings, dass sich die Organe und damit auch die Generalversammlung in ihren Handlungen an ihre Anordnung der Auflösung zu halten haben; aber es ist nicht einzusehen, warum sie als oberstes Organ (OR 698 I)²⁵ nicht befugt sein soll, der Geschäftstätigkeit wiederum eine andere Richtung im Sinne der Wiederaufnahme des werbenden Betriebes zu geben²⁶.

C) Das Interesse der Allgemeinheit an der Durchführung der Liquidation

Vermögen die bisher erwähnten Argumente gegen die Zulassung des Widerrufs der Auflösung nicht restlos zu überzeugen, so ist hingegen ein anderer Einwand stichhaltig. Er besteht darin, dass geltend gemacht wird, dass die Öffentlichkeit ein Interesse an der Durchführung der

²¹ SJZ 23 48, 49; SJZ 25 83; Pra 27 434; *Wieland* II 180; *Peyer* 38.

²² Pra 27 434.

²³ Vorn 47.

²⁴ *Goldschmidt* 60; vgl. *Schucany* Art. 739 A 2.

²⁵ *Schucany* Art. 698 A 2.

²⁶ *Lorenz* 10; *Schürmann* 12/13; *Goldschmidt* 60.

einmal beschlossenen Liquidation und, falls das Unternehmen weiter bestehen soll, an einer Neugründung habe, denn sonst bestünde die Gefahr, dass die Struktur der AG dazu benützt wird, unter Umgehung der Gründungsvorschriften, eine neue Gesellschaft zu errichten. Wenn daher eine AG in Liquidation sich fortsetzen wolle, so habe sie sich dem Gründungsverfahren zu unterziehen²⁷.

Der Forderung nach Neuerrichtung der Gesellschaft lässt sich entgegenhalten, dass die AG selbst dann, wenn über sie der Konkurs verhängt worden ist, fortgesetzt werden kann, ohne dass sie an die Gründungsvorschriften gebunden wäre, da auch ihr die Möglichkeit zugestanden wird, einen Nachlassvertrag²⁸ abzuschliessen.

Ferner lässt sich gegen die Ablehnung des Widerrufs der Auflösung vorbringen, dass es sich um keine Neugründung der AG handle, sondern um deren Fortsetzung; demzufolge könnten die Gründungsvorschriften gar nicht zur Anwendung kommen und es dürften an die fortgesetzte AG keine Anforderungen gestellt werden, die höher sind als diejenigen vor dem Beginn der Liquidation²⁹. Sogar wenn die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt sei — wenn also das Vermögen der Gesellschaft unter den Stand, den die Gründung erforderte, gesunken sei —, werde die Existenz der AG nicht in Frage gestellt (OR 725 I): dies sei erst der Fall, wenn die Passiven die Aktiven übersteigen (OR 725 III).

Selbst die Gründungsvorschriften seien ja nicht davor gefeit, umgangen zu werden³⁰; und selbst wenn die AG in Liquidation nichts anderes mehr darstelle, als die «Rechtsform einer wirtschaftlich bereits liquidierten, aber im Handelsregister noch nicht gelöschten Gesellschaft»³¹, so liesse sie sich — wie der Aktienmantel im Erwerbsstadium — reaktivieren³², indem ihr eine «geordnete Vermögensgrundlage» gegeben wird, sei es dadurch, dass die interessierten Aktionäre freiwillige Zuschüsse machten³³, sei es dadurch, dass gleichzeitig durch eine Kapitalerhöhung das nötige Kapital beschafft und durch eine Kapitalherabsetzung das nicht mehr vorhandene frühere Kapital abgeschrieben wird³⁴.

²⁷ SJZ 25 83; Pra 27 435.

²⁸ Vgl. *Papa* 18 ff.

²⁹ *Kaufmann* 35; *Lorenz* 11; *Schürmann* 24; *Goldschmidt* 62.

³⁰ *Sieewart* Einl. N 38.

³¹ Für den Aktienmantel: *Hauser* 21.

³² *Hauser* 56 ff.

³³ *Sieewart* Einl. N 28.

³⁴ *Sieewart* Einl. N 29.

Weitere Einwände versuchen, die Notwendigkeit, die Rückgängigmachung der Auflösung abzulehnen, zu entkräften: selbst im Erwerbsstadium komme die Verwertung eines Aktienmantels — gemäss der Literatur, die sich vornehmlich auf Praxis und Judikatur stützt — lediglich «hin und wieder» vor³⁵; die Verwertung der Struktur einer gemäss den gesetzlichen Vorschriften aufgelösten Gesellschaft würde wohl angesichts der verhältnismässigen Oeffentlichkeit der Liquidation noch weniger gut durchführbar sein. Und nicht zuletzt dürfte auch hier der Anreiz insofern gering sein, als sich, wenn es sich um eine wirtschaftliche Neugründung handelt, die üblichen fiskalischen Abgaben nicht vermeiden lassen³⁶.

3. Die Rechtfertigung der Ablehnung des Widerrufs der Auflösung

Die Verhältnisse bei der Konkursliquidation der AG lassen sich nicht mit denjenigen der zivilrechtlichen vergleichen. Dort besteht nicht die Gefahr, dass die Interessen der Gläubiger, die im Konkurs der Gesellschaft im Vordergrund stehen, leichtfertig verletzt werden, wird doch die Konkursliquidation nicht durch die Gesellschaft selbst durchgeführt (SchKG 235 ff., 298 ff.): zu einem Nachlassvertrag hat ferner die Mehrheit der Gläubiger ihre Zustimmung zu geben (SchKG 305), währenddem der Widerruf der Auflösung von den Aktionären allein beschlossen werden könnte; und nicht zuletzt macht das Konkursverfahren auch eventuelle zukünftige Gläubiger aufmerksam auf die unbestimmte Vermögenslage der Gesellschaft, die bei der Rückgängigmachung der Liquidation kaum zu kontrollieren wäre.

Alle weiteren erwähnten Argumente gegen das Verbot des Widerrufs kranken jedoch daran, dass sie auf wirtschaftlich wie rechtlich unerwünschte Zustände hinweisen. Es handelt sich bei ihnen zwar nicht schlechthin um Gesetzesverletzungen, deren ungehindertes Vorkommen als Begründung für den Widerruf der Auflösung dienen soll; aber sie weisen offensichtlich auf Verhältnisse in der AG hin, die ihrem Wesen und den Grundlagen widersprechen, die das Aktienrecht bei ihnen voraussetzt; vor allem aber stehen sie im Gegensatz zu den anerkannten strengen Publizitätsvorschriften des OR. Dass z. B. ein Vermögensverlust, der das Grundkapital angreift, vom Gesetz nicht gebilligt

³⁵ von Steiger 352.

³⁶ Siegwart Einl. N 48 ff.

³⁷ Anderer Meinung: Goldschmidt 86 ff.

wird, zeigt die eben zitierte Bestimmung von OR 725 I, die eine Benachrichtigung der Generalversammlung vorsieht, wohl nicht zuletzt, um eine allfällige Verantwortlichkeit festzulegen.

Aus den Anforderungen, die das Gesetz an die AG insbesondere bei ihrer Gründung stellt, den Publizitätsvorschriften, aber auch aus den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit ist abzuleiten, dass dem Schutz von Dritten, den Interessen der Verkehrssicherheit der Vorrang vor andern Ueberlegungen zu geben ist. Wenn das OR den Widerruf der Auflösung nicht erwähnt, so kann das daher im Hinblick auf seine grundlegenden Gedanken nur so ausgelegt werden, dass es ihn nicht zulassen will. besteht doch gerade hier bei der Rückgängigmachung der Liquidation die Möglichkeit, Aussenstehende zu täuschen und zu schädigen, was das Gesetz zu verhüten trachtet.

Selbst wenn man den Widerruf der Auflösung nicht generell ablehnen, sondern auf den einzelnen Fall abstellen³⁸ und je nach der Sachlage den Widerruf gestatten oder ablehnen wollte, so würde sich die Frage stellen, wie denn die Vermögenslage zu kontrollieren sei, wenn nicht ein Verfahren, wie es für die Gründung vorgeschrieben ist, zur Anwendung käme. Dass eine Kontrolle notwendig wäre, braucht nach dem bereits Gesagten wohl kaum weiter begründet werden³⁹. Ein soweit gehende Ueberprüfungsbefugnis steht unsern Handelsregisterbehörden nicht zu⁴⁰ und auf die Verantwortlichkeit der Organe allein zu verweisen, stellt keine befriedigende Lösung dar, denn letzten Endes vermag ihre Haftung wohl kaum die Garantie, welche die AG bieten sollte, hinreichend zu ersetzen.

4. Der Widerruf der Auflösung *de lege ferenda*

Ja, selbst wenn man *de lege ferenda* eine Regelung des Widerrufs der Auflösung mit strengen Kontrollvorschriften postulieren wollte⁴¹, so

³⁸ Hauser 14 oben.

³⁹ Das neue deutsche Aktienrecht hat wohl nicht ohne Grund eine solche normiert (DAG 215 III; *Godin-Wilhelmi* § 215 A 6; vgl. ferner: *Lorenz* 26; *Schürmann* 50).

⁴⁰ Vgl. von Steiger Handelsregister 7 ff.

⁴¹ Eine gesetzliche Regelung drängt sich u. a. auch darum auf, weil die Voraussetzungen, die für den Widerruf der Auflösung zu erfüllen wären, festgelegt sein müssten (vgl. DAG 215; *Lorenz* 19 ff.; *Schürmann* 13 ff.; *Holtz* 9 ff.; *Goldschmidt* 62); ein besonderes Problem bilden dabei die Beträge, die bereits an die Aktionäre ausbezahlt worden sind (*Lorenz* 13 ff.; *Schürmann* 24 ff.; *Holtz* 21 ff.; *Goldschmidt* 61). Da — ähnlich wie bei der Umwandlung einer AG in eine GmbH — nicht allen Aktionären zuzumuten wäre, sich an der fortgesetzten AG zu beteiligen, wäre des weitern deren Abfindung zu normieren (vgl. OR 825; *Lorenz* 26 ff.; *Schürmann* 39 ff.).

bliebe noch zu untersuchen, ob die ursprünglich beabsichtigte Kosteneinsparung durch die Vermeidung einer Neugründung nicht dadurch illusorisch wird, dass die eingehende Prüfung der Vermögenslage ihrerseits eine recht kostspielige Angelegenheit ist — womit man erneut die Bedürfnisfrage aufrollen würde.

IV. Insbesondere der Widerruf der Auflösung vor der Eintragung im Handelsregister

Bisher wurde vorausgesetzt, dass die Gesellschaft mit ihrer Liquidation begonnen habe und dass auch die Eintragung der Auflösung im Handelsregister erfolgt sei⁴². Ist zwar die Auflösung durch den Eintritt des in den Statuten vorgesehenen Ereignisses oder durch einen Generalversammlungsbeschluss begründet, die Eintragung im Handelsregister aber noch nicht vollzogen worden, so ist die Lage wesentlich anders. Aussenstehende haben von der bevorstehenden Liquidation keine Kenntnis, so dass ein Widerruf der Auflösung den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit nach klaren Verhältnissen nicht entgegengesetzt ist. Allerdings besteht keine Sicherheit darüber, dass mit dem Abbau der AG bereits begonnen wurde, sodass sich eine Neugründung rechtfertigen würde. Die Handelsregisterbehörden hätten jedoch praktisch wohl kaum eine Grundlage, den Widerruf zu verhindern⁴³.

Unter diesen Umständen wird die Rückgängigmachung der bereits begründeten Auflösung des Unternehmens möglich sein^{44, 45, 46}.

⁴² Vorn 47.

⁴³ Dem Aktionär steht die Aufhebungs-klage zu (hinten 99).

⁴⁴ In bezug auf die Auflösung durch die Statuten: Eidg. Handelsregisteramt in SJZ 30 105.

⁴⁵ Anderer Meinung: *Bachmann* Art. 664 A 2a.

⁴⁶ Die Frage, ob auf diese Weise das mit der Auflösung begründete Recht auf Durchführung der Liquidation dem Aktionär entzogen werden kann, ist damit nicht entschieden (siehe hinten 92 ff.).

§ 8. Der Inhalt des Rechts auf Durchführung der Liquidation

Der Inhalt des Rechts auf Durchführung der Liquidation lässt sich dahin umschreiben, dass der Aktionär einen Anspruch hat auf eine möglichst ertragreiche Liquidation, auf geeigneten Vollzug der Massnahmen, welche letztlich die Auszahlung seines Anteils ermöglichen.

Die Geschäfte, die in jedem Fall notwendig und unumgänglich sind, um die Auskehrung des Reinvermögens an die Aktionäre zu ermöglichen, werden im Zusammenhang mit dem Recht auf Auszahlung der Quote behandelt¹. Was die übrige Liquidationstätigkeit anbetrifft, kann es hier nicht darum gehen, alle möglichen Handlungen, die sich aus der Abwicklung ergeben, vollständig aufzuzählen, sind sie doch von Gesellschaft zu Gesellschaft verschieden. In drei Richtungen ist aber im Hinblick auf das Recht auf Durchführung der Liquidation des Näheren auf sie einzutreten: zunächst auf die neuen werbenden Geschäfte; sodann auf die Verwertung des Vermögens der AG, welche sich, je nach der Form, in der das Liquidationsergebnis ausgekehrt werden soll, verschieden gestaltet. Schliesslich ist zu prüfen, ob nicht als weitere Voraussetzung für die Auszahlung der Quote ein entsprechender Beschluss der Generalversammlung erforderlich ist.

I. Die neuen werbenden Geschäfte

A) Der Grundsatz

Die Forderung nach einer möglichst ertragreichen Liquidation könnte dahin verstanden werden, dass auch nach der Anordnung der Auflösung alle denkbaren Geschäfte, die einen Gewinn abwerfen und das Vermögen der Gesellschaft vergrössern könnten, zur Durchführung gelangen, d. h. dass auch sogenannte werbende Geschäfte abgeschlossen werden sollen.

Neue werbende Geschäfte stehen jedoch allein schon begrifflich im Gegensatz zu den üblichen Liquidationshandlungen, die sich darauf beschränken, noch schwebende Geschäfte, die auf die Tätigkeit der Gesell-

¹ Hinten 67.

schaft im Erwerbsstadium zurückgehen, abzuwickeln. Durch die Liquidation wird die Gesellschaft, so wie sie bei der Auflösung besteht, abgebaut, und wenn der Aktionär ein Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis hat, so beschränkt sich dieser Anspruch auf den Erlös, der sich ergibt, wenn ihr Vermögen, so wie es in jenem Zeitpunkt bestand, verwertet wird. Daher ist es keineswegs die Pflicht der Liquidatoren, sich bietende Möglichkeiten zum Abschluss eines neuen werbenden Geschäftes auszunützen. Im Gegenteil: ihre Kompetenzen gehen nur so weit, als es der Zweck der Liquidation erfordert (OR 739 I). Die Eingehung neuer werbender Geschäfte würde daher ihre Befugnisse überschreiten; sie haben grundsätzlich nur noch die laufenden Geschäfte zu erledigen (OR 743 I) ².

B) Ausnahmen

Es wäre wenig vorteilhaft, etwa den Einkauf von Rohstoffen zur Fertigstellung bereits vor der Auflösung begonnener Produkte zu unterlassen ³, zur Erhaltung der Betriebsanlagen notwendige Arbeiten nicht vorzunehmen, Arbeitskräfte, welche vertragsgemäss noch im Dienstverhältnis bleiben, ohne Beschäftigung zu lassen, indem keine neuen Aufträge mehr angenommen werden ⁴ usw. ⁵. Auch eine Fabrik z. B., bei welcher aus ihrem Verkauf als ganzer das günstigste Liquidationsergebnis resultieren würde, muss weiter betrieben werden, soll für sie ein Käufer gefunden werden ⁶. Um den Anforderungen der Praxis zu genügen, ist daher der Begriff der neuen werbenden Geschäfte möglichst eng und derjenige der schwebenden Geschäfte möglichst weit zu fassen ⁷, was sich auch im Interesse einer ertragreichen Liquidation empfiehlt.

Die Liquidatoren haben daher, «soweit erforderlich», d. h. soweit damit der Liquidation gedient wird ⁸, auch neue Geschäfte einzugehen (OR 743 III).

² Schucany Art. 743 A 1; von Steiger 324.

³ Schucany Art. 743 A 1.

⁴ Wimpfheimer 160/161.

⁵ Vgl. weitere Fälle bei Wimpfheimer 159 ff.

⁶ von Steiger 324.

⁷ Wimpfheimer 161.

⁸ Schucany Art. 743 A 1; von Steiger 324.

II. Die Verwertung des Vermögens

A) Das Recht auf Versilberung

Das Gesetz enthält zwar keine Bestimmungen über die Form, in welcher der Anteil des Aktionärs auszukehren ist. Dass dies in Geld zu geschehen hat, entspricht aber der allgemeinen Anschauung⁹. Darnach ist ja die Liquidation ein «Verfahren, das auf Flüssigmachung... des Gesellschaftsvermögens»¹⁰ gerichtet ist.

Aber auch aus praktischen Gründen drängt sich die Versilberung des Gesellschaftsvermögens auf. Wenn die AG die Unternehmensform darstellt, die es ermöglicht, viel Kapital von einer grossen Zahl von Leuten aufzubringen¹¹, so wird diese Eigenart bei der Verteilung ihres Vermögens begleitend sein. Angesichts der Vielzahl von Aktionären, von denen unter Umständen viele unbekannt sind, ist es naheliegend, das Vermögen in einen Zustand zu bringen, der es ermöglicht, die Anteile leicht zu berechnen und schnell auszukehren, oder — wenn nötig — einstweilen aufzubewahren. Die Auskehrung in Geld erscheint darum als die für die AG gegebene Form der Verteilung des Abwicklungserlöses; sie entspricht ihrem Wesen und dem der Liquidation am ehesten.

Dementsprechend muss dem Aktionär grundsätzlich ein Recht auf Auskehrung seines Anteils in bar einerseits, aber auch — als spezieller Inhalt des Rechts auf Durchführung der Liquidation — ein Anspruch auf Versilberung andererseits zustehen¹².

B) Das Recht auf Vorbereitung der Verteilung des Liquidationsergebnisses in natura

In Wirklichkeit entsprechen nicht alle Gesellschaften der eben skizzierten Vorstellung von der AG¹³; viele weisen nur einen geringen Mitgliederbestand auf. Trifft das zu, so ist es — je nach den Umständen — gegeben, von einer gänzlichen Versilberung ihres Vermögens Umgang zu

⁹ *Schucany* Art. 745, *Sieewart* Art. 548/550 N 2; *von Steiger* 331; *Staub-Pinner* § 300 A 3; *Fischer* 410; *Feine* 666; *DAG* 209 I; *Godin-Wilhelmi* § 212 A II 1.

¹⁰ *Keel* 152.

¹¹ *Sieewart* Einl. N 6.

¹² Ob der Anspruch auf Versilberung entziehbar ist, wird hinten 93 geprüft.

¹³ *Sieewart* Einl. N 7.

nehmen und seine Verteilung — zum mindesten zum Teil — in Sachwerten vorzunehmen¹⁴.

Wird durch eine Statutenbestimmung oder einen Generalversammlungsbeschluss angeordnet, dass die Auskehrung des Vermögens in natura vorzunehmen sei, so steht dem Aktionär ein Recht auf entsprechende Durchführung der Liquidation zu¹⁵.

C) Speziell die Verteilung in natura

1. Die Voraussetzungen für eine Verteilung in natura

Eine Verteilung in natura wird vorgenommen werden können, «wenn ihr nichts entgegensteht»¹⁶.

Die Quoten der einzelnen Aktionäre müssen sich errechnen lassen¹⁷ und die Sachwerte ohne weitere Schwierigkeiten aus dem Vermögen ausscheiden und an den Aktionär übertragen lassen. Handelt es sich beispielsweise um ein Grundstück, so wird es sich freilich nicht umgehen lassen, die Handänderung im Grundbuch eintragen zu lassen: das dürfte keine Komplikation darstellen, die das angebrachte Mass überschreitet. Hingegen geht es nicht an, dass ein Sachwert an zwei oder mehrere Berechtigte gemeinsam übertragen wird, es sei denn, diese wären einverstanden; eine solche Abfindung, der Eintritt in ein Miteigentumsverhältnis, hat sich der einzelne Aktionär nicht gefallen zu lassen¹⁸. Er hat einen Anspruch darauf, dass das Vermögensobjekt — wie wenn die Verteilung aus dem versilberten Vermögen vorgenommen wäre — ihm allein zu Eigentum übertragen wird.

2. Grenzen und Schwierigkeiten einer Verteilung in natura

Ist die Auskehrung in natura vorzunehmen, so bedeutet das nicht mehr, als dass dies nur nach Möglichkeit geschieht. Wäre das Gegenteil der Fall, so würde der Gesellschaft unter Umständen im Hinblick auf eine allfällige Liquidation die Pflicht auferlegt, gewisse Sachwerte zu erhalten, was keineswegs im Interesse der Entwicklung des Unternehmens liegt. Durch die Einbeziehung der Guthaben der AG gehen notwendiger-

¹⁴ von Steiger 331.

¹⁵ Ob es entzogen werden kann, wird hinten 93 untersucht.

¹⁶ Wimpfheimer 22 ff.

¹⁷ Rammelmeyer 99.

¹⁸ von Puttkamer 40.

weise Geldbeträge ein; auch sie haben, sofern sie nicht der Tilgung der Schulden dienen, zur Verteilung an die Aktionäre zu gelangen.

Die Verwirklichung einer Verteilung gemäss den Vorschriften über die Berechnung der Quoten¹⁹ dürfte allerdings oft recht schwierig sein, da letzten Endes nicht jedes Vermögensstück für jeden Aktionär den gleichen Wert besitzt. Eine Durchführung der Verteilung in natura wird nur dann für alle Berechtigten befriedigend sein, wenn unter ihnen eine Vereinbarung zustandekommt²⁰. Dabei wird sich eine kleine Anzahl von Mitgliedern als vorteilhaft erweisen; durch den eventuell bestehenden engeren Kontakt ist es eher möglich, den speziellen Wünschen der Aktionäre — unter Umständen auf Rückerstattung der eingebrachten Sacheinlagen — entgegenzukommen.

3. Die Zusammensetzung des Anteils bei einer Verteilung in natura

Denkbar ist, dass die Anteile den Aktionären in der Form von Liegenschaften, Grundstücken, Erfindungspatenten²¹, noch nicht fälligen Forderungen²², in Wertpapieren usw. ausgekehrt werden. Grundsätzlich hat der Aktionär aber keinen Anspruch auf ein bestimmtes Vermögensstück²³.

Insbesondere ist er nicht etwa berechtigt, eine von ihm bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung geleistete *Sacheinlage* zurückzufordern²⁴. Selbst auf eine Vereinbarung oder eine Bestimmung der Statuten, die eine Rückerstattung der Sacheinlagen normiert, könnte er sich nicht berufen²⁵, es sei denn, sie würde nicht den Gang der Liquidation hindern und eine Schmälerung des Liquidationsergebnisses bewirken. Es ist auch unmöglich, dass Sacheinlagen Sondereigentum der Gesellschafter bleiben und am Anteil am Liquidationsergebnis angerechnet werden²⁶. Zugunsten des Aktienkapitals eingebrachte Sachwerte gehen ja ohne Einschränkung in das Eigentum der Gesellschaft über²⁷, über das sie innerhalb dem Rahmen von Gesetz und Statuten frei verfügen kann.

¹⁹ Vorn 26 ff.

²⁰ Vgl. von Steiger 331.

²¹ Décugis 974.

²² Décugis 974.

²³ von Puttkamer 39.

²⁴ Godin-Wilhelmi § 212 A II 1.

²⁵ Godin-Wilhelmi § 212 A II 1.

²⁶ Anderer Meinung: Edelmann 92.

²⁷ Vorn 25.

Der Aktionär kann auch nicht verlangen, dass seine Quote mit einer Forderung, die der Gesellschaft ihm als Schuldner gegenüber zusteht, verrechnet wird. Voraussetzung für eine *Verrechnung* wäre vor allem, dass seine Forderung fällig wäre (OR 120 I) ²⁸. Dieser Tatbestand kann aber im Zeitpunkt, da die Gesellschaft noch Aktiven einzuziehen, also auch Guthaben ihren Mitgliedern gegenüber hat, gar nicht vorliegen. Dem Aktionär steht noch kein Recht zu, seinen Anteil herauszuverlangen; es steht ja noch nicht fest, ob sich sein Anspruch überhaupt verwirklicht ^{29, 30}.

III. Der Bericht der Kontrollstelle und die Genehmigung der Schlussrechnung der Liquidatoren durch die Generalversammlung

Als eine der Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, um die Auskehrung des Liquidationsergebnisses zu ermöglichen, wird oft die Genehmigung der Schlussrechnung der Liquidatoren durch die Generalversammlung und deren Verteilungsbeschluss genannt ³¹. Dieser Annahme begegnet man vorerst mit Zweifeln, dies um so mehr als das Gesetz sich darüber ausschweigt, hingegen die Liquidationstätigkeit und die Kompetenzen der Liquidatoren ausführlich ordnet (OR 742—747) und ihnen die Verteilung des Vermögens ohne Kontrolle zu überlassen scheint (OR 745 I).

Die Analogie zum Dividendenrecht, das erst mit der Genehmigung der Jahresrechnung und dem Beschluss über die Verwendung des Reingewinns zum Forderungsrecht wird ³², scheint auch nicht gegeben zu sein. Die Schlussrechnung der Liquidatoren entspricht nicht der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung. Sind diese nicht mehr als ein Vorschlag der Verwaltung, den die Generalversammlung umgestalten und damit insbesondere die Höhe des Reingewinnes beeinflussen kann, so hält jene das Ergebnis der Liquidation fest, das eine Tatsache ist und dessen Höhe nicht mehr verändert werden kann. Auch eine Beschlussfassung über die Verwendung des Liquidationsergebnisses erübrigt sich ³³ —

²⁸ von Thur 638/639.

²⁹ von Steiger 330, Wettstein 101.

³⁰ Es ist noch nicht zum Gläubigerrecht geworden (vorn 20).

³¹ Staub-Pinner § 300 A 11, 13; Schucany Art. 745 N 1; von Steiger 330; Edelmann 92; Schucany in SAG 18 68 A 5.

³² Steiger 22.

³³ Vorn 23.

es sei denn, die Statuten überliessen dies ausdrücklich einer Generalversammlung —, ist sie doch bereits durch die Statuten oder durch das Gesetz geregelt. Aus den gleichen Gründen ist eine Genehmigung eines Verteilungsplanes nicht erforderlich.

A) Das Bedürfnis des Aktionärs nach einer Prüfung der Tätigkeit der Liquidation

1. Die Prüfung durch die Kontrollstelle

Für die Notwendigkeit des Berichtes der Kontrollstelle wie eines Beschlusses der Generalversammlung über die Schlussrechnung der Liquidatoren spricht der Umstand, dass die Aktionäre wie im Erwerbsstadium — oder noch viel eher — ein Interesse daran haben, über den Geschäftsgang Aufschluss zu erhalten. Daher ordnet das Gesetz auch an, dass bei einer länger dauernden Liquidation Jahresbilanzen zu erstellen sind (OR 743 V). Sie sind jedoch nur von zweifelhaftem Wert, wenn sie nicht, wie die üblichen Jahresrechnungen, von der Kontrollstelle geprüft werden können und über sie zu Händen der Generalversammlung kein Bericht gemäss OR 729 erstattet werden kann (OR 728 ff.).

Das Gleiche gilt für die Schlussrechnung der Liquidatoren. Im Interesse der Aktionäre und nicht zuletzt auch der Gläubiger kann nicht auf eine Prüfung darüber verzichtet werden, ob die Bücher sich mit der Schlussrechnung in Uebereinstimmung befinden und ob sie ordnungsgemäss geführt worden sind (OR 728 I). Desgleichen hat auch der Bericht über die Bilanz an die Generalversammlung (OR 729, I) nach wie vor seine Bedeutung, gibt sie doch Aufschluss über das Resultat der Tätigkeit der Liquidatoren. Zudem haben die Revisoren die kompetenten Stellen, nötigenfalls die Generalversammlung, über Mängel in der Geschäftsführung oder Verletzungen von Gesetz und Statuten zu orientieren (OR 729 III); insbesondere hätten sie eine Mitteilung zu machen, wenn die Voraussetzungen für die Verteilung des Liquidationsüberschusses nicht vollständig erfüllt worden sind.

2. Die Prüfung durch die Generalversammlung

So erhält denn der Aktionär durch eine Generalversammlung, welche die Schlussrechnung der Liquidatoren zu genehmigen und den Beginn der Auskehrung des Liquidationserlöses zu bewilligen hat, einen gewissen

Einblick in die Tätigkeit der Liquidatoren, der ihm ja in der Regel versagt bleibt. Eine solche Generalversammlung ist auch die einzige Gelegenheit, bei welcher der Aktionär sein Auskunftsrecht (OR 697) geltend machen kann.

C) Die gesetzliche Grundlage dieser Massnahmen

Durch eine Prüfungsbefugnis wird der Gefahr vorgebeugt, dass der Aktionär geschädigt werden kann. An sich liesse sich die Genehmigung der Schlussrechnung auch erst nach Beendigung der Verteilung des Vermögens denken³⁴: die Bestimmung über die Verantwortlichkeit begründet zwar eine Haftung der Liquidatoren, welche aber letzten Endes keine unbegrenzte ist.

Trotz der ausführlichen Regelung der Befugnisse der Liquidatoren sind die Kompetenzen der übrigen Organe der AG nur soweit eingeschränkt, als es der Zweck der Liquidation erfordert, ihrer Natur nach jedoch von den Liquidatoren nicht vorgenommen werden können (OR 739 II)³⁵. Die Kontroll- und Prüfungstätigkeit von Kontrollstelle und Generalversammlung erscheint also keineswegs als ausgeschlossen.

Hat der Aktionär ein legitimes Interesse am Bericht der Kontrollstelle und an der Genehmigung der Schlussrechnung durch die Generalversammlung, so muss ihm ein entsprechender Anspruch als besonderer Inhalt des Rechts auf Durchführung der Liquidation zustehen.

³⁴ *Staub-Pinner* § 300 A 13.

³⁵ Vgl. *Schucany* Art. 739 A 2.

4. Abschnitt

Das Recht auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis

§ 9. Allgemeines zum Recht auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis

I. Die Grundlage

Der Anspruch, welcher dem Aktionär zeitlich zuletzt zur Verfügung steht, um sein Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zu verwirklichen, ist das Recht auf Auszahlung dieses Anteils. Es beruht — wie das Recht auf Durchführung der Liquidation — auf dem generellen Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis und wird ebenfalls nicht sofort mit dessen Erwerb wirksam. Es stellt nicht mehr dar als eine bedingte Forderung, von der feststeht, dass sie erst dann geltend gemacht werden kann, wenn die Verpflichtungen der AG ihren Gläubigern gegenüber erfüllt sind und auf die betreffende Mitgliedschaft ein Teil des Liquidationserlöses entfällt¹.

II. Die rechtliche Natur

A) Das Recht auf Auszahlung des Anteils als Gläubigerrecht

Es ist insofern mit dem generellen Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis verbunden, als es wie dieses mit der Mitgliedschaft untergeht², resp. überhaupt nicht wirksam wird, wie das der Fall ist, wenn die Aktie nichtig ist, eingezogen oder kaduziert wird³. Im übrigen ist es aber von der Mitgliedschaft, von der Aktie abtrennbar; es kann beliebig abge-

¹ BGE 50 II 59.

² Vorn 20.

³ *Godin-Wilhelmi* § 52 A 12.

treten oder verpfändet werden, denn es ist ein Gläubigerrecht, das wie jedes andere Forderungsrecht, welches der AG gegenüber besteht, geltend gemacht werden kann^{4, 5}.

B) Die Abtretung des Rechts auf Auszahlung des Anteils

1. Wenn Liquidationsscheine ausgegeben worden sind

Hat die AG Liquidationsscheine ausgegeben⁶, so richtet sich die Abtretung und Geltendmachung des Forderungsrechtes auf einen Anteil am Liquidationsergebnis nach den gleichen Regeln, wie dies für das Recht auf einen Anteil am Reingewinn, über das Dividendencoupons ausgestellt worden sind, Geltung haben⁷.

Ein allfälliger Liquidationsschein ist ein Inhaberpapier, auch wenn die Aktie auf den Namen lautet. Es gilt damit gegenüber der Gesellschaft als Ausweis über die Berechtigung auf Auszahlung der Quote⁸. Mit der Zahlung an den durch den Liquidationsschein Legitimierten befreit sich daher die AG als Schuldnerin, es sei denn, es bestehe gegen den Gläubiger ein gesetzliches oder polizeiliches Zahlungsverbot (OR 978 II, 982 II), oder sie hätte von der Unredlichkeit des Inhabers Kenntnis gehabt oder Kenntnis haben müssen⁹.

2. Beim Fehlen von Liquidationsscheinen

Auch dann, wenn der Anspruch auf Auszahlung nicht in einem Liquidationsschein verbrieft ist, kann der Anspruch auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis übertragen werden. Die Uebertragung richtet sich nach den Regeln der Zession (OR 164 ff.)^{10, 11}. Darnach ist der Abtretende verpflichtet, dem Erwerber insbesondere die Schuldurkunde

⁴ *Lehmann* II 593 N 3; *Staub-Pinner* § 300 A 13; *Fischer* 411; *Goldschmidt* 62; *von Steiger* 330; *Edelmann* 92.

⁵ Konsequenterweise müsste daher im folgenden vom Inhaber der Forderung auf den Anteil gesprochen werden; doch wird der Ausdruck «Aktionär» beibehalten, in der Annahme, dass Mitgliedschafts- und Gläubigerrecht auf Anteil am Liquidationsergebnis nicht getrennt worden sind.

⁶ *Bachmann* Sonderrechte 177.

⁷ Vgl. hierzu: *Steiger* 28 ff.; *von Steiger* 159/160; *Bürgi* Art. 660/661 N 37 ff.

⁸ Vgl. *Steiger* 29/30; *von Steiger* 159.

⁹ BGE 36 II 356, 38 II 187 (zitiert bei *Steiger* 30).

¹⁰ Vgl. *von Steiger* 160.

¹¹ Vgl. *von Tuhr* II 776 ff.

auszuliefern (OR 170 II). Mit der Uebertragung des Anspruchs ist eine Legitimationsübertragung verbunden¹². Der Zedent hätte also eigentlich die Aktie oder, wo eine solche nicht vorhanden ist, ein Aktienzertifikat¹³, an den Zessionar auszuhändigen, einen Ausweis also, den er nicht entbehren kann, dient er ihm doch dazu, die übrigen Mitgliedschaftsrechte auszuüben. Doch hat ja eine solche Uebergabe nur so weit als notwendig stattzufinden¹⁴; die Aktie wird daher erst im Zeitpunkt der Geltendmachung des Rechts zu übergeben sein.

Möglich ist auch, dass der Eigentümer der Aktie sich einstweilen lediglich verpflichtet, in dem Zeitpunkt einen Abtretungsvertrag abzuschliessen (OR 165 II), in dem der Anspruch auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis fällig geworden ist. Dadurch bleibt er weiterhin als Mitglied der AG legitimiert, und er hat die Aktie erst dann zu übergeben, wenn für ihn die Rechte durchaus untergegangen sind. Diese Vereinbarung kann formlos abgeschlossen werden.

C) Das Recht auf Auszahlung des Anteils bei Rechtsgeschäften mit der Aktie

Wird die Aktie übertragen, so ist anzunehmen, dass ihr der Liquidationsschein kraft seiner Zugehörigenschaft (ZGB 644) folgt, wenn nicht eine andere Abrede getroffen wurde¹⁵. Gleichermassen folgt das Recht auf Auszahlung des Anteils, falls keine Liquidationsscheine ausgegeben wurden.

Ist die Aktie zur Nutzniessung übertragen worden, so geht aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts hervor, dass der Anspruch auf Auszahlung eines Anteils am Liquidationsergebnis und damit der Liquidationsschein beim Eigentümer bleibt¹⁶. Bei der Verpfändung hingegen folgt das Recht auf Auszahlung der Quote der Aktie¹⁷.

¹² Vgl. *Godin-Wilhelmi* § 52 A 12.

¹³ *von Steiger* 145.

¹⁴ *Oser-Schönenberger*, Das Obligationenrecht, Erster Halbband, 2. Aufl., Zürich 1929, Art. 170 N 13.

¹⁵ Vgl. *von Thur* II 788; *Steiger* 32; *von Steiger* 138.

¹⁶ Vgl. *von Steiger* 149.

¹⁷ Vgl. *von Steiger* 144.

§ 10. Die Voraussetzungen der Geltendmachung des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis

I. Die Tilgung der Schulden

A) Die Schulden

OR 745 I verlangt, dass vor der Auskehrung des Liquidationserlöses die Schulden der AG getilgt sein müssen. Als Schulden sind nicht nur jene Forderungen zu betrachten, die schon vor der Auflösung der AG bestanden, sondern auch jene, die während der Abwicklung entstanden sind, sowie auch jene, die sich als nachträgliche Folgen der Liquidation ergeben. Dazu gehören Verpflichtungen, welche sich aus neuen Geschäften¹ ergeben, ein eventuelles Honorar für die Liquidatoren², die Kosten, die durch die Löschung im Handelsregister entstehen (OR 746), und jene, die sich aus der Pflicht ergeben, die Geschäftsbücher während der Dauer von zehn Jahren an einem sicheren Ort aufzubewahren³ (OR 747).

B) Die Tilgung

Das Erfordernis der Tilgung der Schulden ist nicht wörtlich aufzufassen, sondern in einem weiteren Sinne zu verstehen. In vielen Fällen würde die reale Tilgung der Schulden, die z. B. unter Umständen erst nach gerichtlicher Abklärung möglich wäre, die Beendigung der Liquidation und damit die Fälligkeit des Anteils am Liquidationsergebnis länger als es das Interesse der Gläubiger erfordern würde, hinauszögern. Darum kann an die Stelle der Tilgung der Verpflichtungen eine entsprechende gerichtliche Hinterlegung oder eine gleichwertige Sicherheitsleistung treten (OR 744)⁴. Dass ein solches Vorgehen Platz greifen kann, ist auch aus dem Gesetz ersichtlich, das die Alternative stellt, diese Massnahmen vorzunehmen oder mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Erfüllung der Verbindlichkeiten auszusetzen (OR 744 II am Schluss).

¹ Vorn 56/57.

² Schroeder 56.

³ Schroeder 56.

⁴ Elmer 26 178; Schucany Art. 744 A 2; von Steiger 329.

Eine gerichtliche Hinterlegung muss vorgenommen werden⁵ für noch nicht beglichene Forderungen, deren Höhe genau bestimmbar ist, wenn sich die Gläubiger, deren Adresse unbekannt ist, auf den Schuldenruf hin nicht gemeldet haben kann (OR 744 I).

Für Verbindlichkeiten, deren Bestehen oder Höhe noch ungewiss ist, sieht das Gesetz die Hinterlegung eines entsprechenden Betrages oder die Bestellung einer gleichwertigen Sicherheit vor (OR 744 II). Es handelt sich hier um Forderungen, die noch nicht fällig oder die noch streitig sind. Dazu gehören auch bedingte Forderungen, etwa Garantieverpflichtungen, welche die AG übernommen hat⁶.

II. Der Schuldenruf (OR 742 II)

Die Gläubiger der AG sind von der Auflösung der AG zu benachrichtigen und zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Sind sie der Gesellschaft bekannt, so geschieht das durch eine besondere Mitteilung in einem eingeschriebenen Brief⁷. An unbekannte Gläubiger und solche mit unbekanntem Wohnort ergeht eine öffentliche Bekanntmachung im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie in der durch die Statuten vorgesehenen Form. OR 745 II verlangt, dass dieser Schuldenruf dreimal zu ergehen hat.

III. Das Sperrjahr⁸

Das Sperrjahr beginnt am Tage, an dem der Schuldenruf zum dritten Male ergangen ist (OR 745 II). Es war schon in altOR 667 II statuiert. wurde jedoch in der Praxis häufig umgangen⁹, was zu einer Milderung in OR 745 III führte. Darnach kann eine Verteilung durch den Richter insoweit bewilligt werden, als eine Schädigung der Gläubiger ausgeschlossen erscheint; die richterliche Erlaubnis kann also je nach den vorliegenden Umständen, die ganze oder teilweise Auskehrung des Liquidationserlöses gestatten.

⁵ *Schucany* Art. 744 A 1.

⁶ *Edelmann* 110; *von Steiger* 329.

⁷ altOR 667 III; *Schucany*, Art. 742 A 2.

⁸ Vgl. *Elmer* 26 177 ff.

⁹ Vgl. Tabellen in SJZ 26 179/180.

Voraussetzung für die Bewilligung der Auszahlung des Liquidationsergebnisses vor Ablauf der Sperrfrist ist die Erfüllung der Verbindlichkeiten, resp. die gerichtliche Hinterlegung oder die Bestellung einer Sicherheit gemäss OR 744. Desgleichen wird sie erteilt werden können, wenn ein Dritter die nötige Sicherheit leistet¹⁰. Des weitem muss die Gesellschaft geordnete Verhältnisse aufweisen, wie eine einwandfreie Buch- und Geschäftsführung, insbesondere der Liquidatoren¹¹.

¹⁰ *Schucany* Art. 745 A 3; *Janggen* Art. 823 N 17.

¹¹ *Janggen* Art. 823 N 17.

§ 11. Der Inhalt des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis

I. Der Umfang der Auszahlung und ihre Fälligkeit

Sind die Versilberung oder die Vorbereitungen der Verteilung in natura beendet und die Voraussetzungen für die Auskehrung erfüllt, so wird die ganze Quote fällig. Das ist der Fall, wenn neben der Erfüllung der übrigen Voraussetzungen die Tilgung der Schulden beendet ist oder wenn an ihrer Stelle, soweit es sich um zahlenmässig genau feststehende Forderungen handelt, eine Hinterlegung erfolgt ist, so dass über das Liquidationsergebnis kein Zweifel mehr herrschen kann.

Der Anteil braucht nicht notwendigerweise ganz ausbezahlt zu werden; je nach dem Stadium, das die Versilberung erreicht hat, und je nachdem, wie weit die Voraussetzungen für die Auskehrung erfüllt sind, kann sie auch ratenweise erfolgen¹,²; die Quote wird nur teilweise fällig³. Sind für in ihrer Höhe unbestimmte Forderungen Hinterlagen gemacht oder Sicherheiten bestellt worden, so hat der Aktionär Anspruch auf eine Verteilung des Liquidationserlöses, soweit er nicht für diese Massnahmen zum Schutze der Gläubiger mit Beschlag belegt ist. Ebenso wird ein Teil der Quote fällig, wenn der Richter eine nur teilweise Verteilung des Ueberschusses vor Ablauf des Sperrjahres bewilligen sollte. Eine weitergehende Auszahlung käme nur dann in Frage, wenn sämtliche Gläubiger damit einverstanden sein sollten⁴.

II. Hinterlegung und Verjährung

Es ist damit zu rechnen, dass sich nicht alle Aktionäre zur Entgegennahme ihres Anteils melden. Für sie ist, wie für die Gläubiger, der ihnen zukommende Betrag zu hinterlegen. Der Anspruch des Aktionärs verjährt

¹ von Steiger in SAG 22 43; von Steiger 331.

² Ob solche Abschlagszahlungen aus fiskalischen Gründen mit Vorteil in der Form von Kapitalherabsetzungen erfolgen, ist hier nicht zu erörtern (vgl. von Steiger in SAG 22 42 ff.).

³ Anderer Meinung: Lehmann II 592/593, der einen Anspruch des Aktionärs verneint.

⁴ Staub-Pinner § 301 A 7.

— ebenfalls wie der eines Gläubigers⁵ — nach Ablauf von zehn Jahren (OR 127). Die Frist beginnt an dem Zeitpunkt zu laufen, an dem seine ganze Quote fällig geworden ist.

III. Nachträglich auftauchende Aktiven und Passiven⁶

Ist den Interessen der Gläubiger durch die Erfüllung der eben besprochenen Voraussetzungen Genüge getan worden, so kann der Anteil am Ergebnis der Liquidation, den der Aktionär empfangen hat, nicht mehr zurückgefordert werden. Gläubiger, welche den ihnen gewährten Schutz nicht beansprucht und ihre Forderungen nicht innert nützlicher Frist geltend gemacht haben, haben keinen Anspruch auf Befriedigung durch die Aktionäre. Diese Regelung entspricht den Bedürfnissen des Verkehrs und der Rechtssicherheit: der Aktionär soll sich darauf verlassen können, dass er nicht noch nachträglich den Gläubigern haftet. Nach einer ordnungsgemäss durchgeführten Liquidation haben damit seine Interessen den Vorgang vor denjenigen der Gläubiger.

Die Erfüllung der Voraussetzungen für die Verteilung und die ihr folgende Auskehrung haben nicht zur Folge, dass die Forderungen der Gläubiger, die nicht befriedigt wurden, untergehen: weder der Schuldeneruf noch das Sperrjahr, das keine Ausschlussfrist darstellt⁷, berühren sie in dem Sinne, dass sie nicht mehr geltend gemacht werden können⁸. Ihre Erfüllung hängt aber davon ab, ob nachträglich noch Aktiven der AG vorhanden sind oder noch zum Vorschein kommen⁹.

A) Vor Verjährung

So sind denn Gläubiger, die sich während der Verteilung melden, vorweg zu befriedigen¹⁰. Die Auszahlung der dadurch herabgesetzten Quoten ist erst nachher fortzusetzen. Desgleichen sind eventuelle Forderungen zu tilgen, wenn neue Aktiven zum Vorschein kommen sollten, bevor sie zur Verteilung an die Aktionäre gelangen¹¹. Das gilt auch nach der Löschung der AG im Handelsregister, die keine konstitutive Wirkung

⁵ Vgl. unten 71/72.

⁶ Vgl. hiezu: *Edelmann* 110 ff.

⁷ *Elmer* 178; *Edelmann* 110; *Janggen* Art. 823 N 20.

⁸ *Bachmann* Art. 666 N 3.

⁹ *Bachmann* Art. 666 N 3.

¹⁰ *von Steiger* 331.

¹¹ *von Steiger* 332.

hat¹²; stellt sich nachträglich heraus, dass noch Aktiven vorhanden sind, so gilt die Gesellschaft als weiterbestehend, ja es kann, wenn berechnigte Interessen glaubhaft gemacht werden, ihre Wiedereintragung verlangt werden¹³. Es gelten erneut die Bestimmungen über die Liquidation.

B) Nach Verjährung¹⁴

Nach Ablauf von zehn Jahren verjähren grundsätzlich alle Forderungen (OR 127); das gilt speziell auch für diejenigen der Gläubiger der AG. Finden sich nach Ablauf von zehn Jahren noch Aktiven bei der Hinterlegungsstelle, so fallen diese daher an die AG, die sie, da ja nun die Gläubiger weggefallen sind, an die ihr bekannten Aktionäre zu verteilen hat¹⁵. Das gilt gleichermassen für Beträge, die für Gläubiger gemäss OR 744 oder zugunsten von unbekannten Aktionären hinterlegt oder sichergestellt worden waren¹⁶. Dass dabei die Aktionäre nicht alle gleich behandelt werden, lässt sich nicht vermeiden; notwendigerweise geht eine solche Verteilung auf Kosten der Aktionäre, die ihre Interessen nicht geltend gemacht haben.

¹² *Haab* in ZbJV 67 460; *Wieland* II 182; SAG 16 60; *Schucany* Art. 746 A 2.

¹³ BGE 57 I 42, 59 II 59, 60 I 28, 64 I 335; *Schucany* Art. 746 A 2; *von Steiger* 331.

¹⁴ Vgl. für das folgende: SAG 16 60/61.

¹⁵ *von Steiger* 331.

¹⁶ Anderer Meinung: *Bachmann* Art. 667 N 6, demzufolge erstere an die Aktionäre, letztere an den Fiskus fallen.

§ 12. Die Rückerstattung von ungerechtfertigterweise bezogenen Anteilen am Liquidationsergebnis

I. Die Rückerstattungspflicht nach OR 678

A) Motive der Regelung

Die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Rückerstattungspflicht bei ungerechtfertigter Bereicherung kommen auch für die AG zur Anwendung, soweit nicht das Gesetz eine andere Regelung getroffen hat¹. Das ist in OR 678 und 679 der Fall, wobei der letztere Artikel sich auf den Konkurs der AG bezieht. OR 678 I Satz 1 bestimmt, dass der Aktionär ungerechtfertigterweise und in bösem Glauben bezogene Dividenden und Bauzinse zurückzuerstatten hat; OR 678 II lässt den Anspruch auf Rückgabe mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Empfang der Zahlung an gerechnet, verjähren.

Diese Regelung dient zwar dem Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals, macht aber diesem gegenüber zugunsten des Aktionärs und im Interesse des Verkehrs eine Einschränkung²: zu unrecht bezogene Gewinnanteile und Bauzinsen sind nicht schlechthin zurückzuerstatten, sondern nur dann, wenn sie im bösen Glauben empfangen wurden. Der Durchschnittsaktionär, der wohl kaum in der Lage ist, die Geschäfte und Rechnungen zu prüfen, soll sich auf die Verwaltung verlassen können; nicht der Grad der Sorgfalt, den er angewandt hat, sondern ob er mit Wissen, also in Verletzung von Treu und Glauben, Dividenden oder Bauzinsen empfangen hat, soll ausschlaggebend sein³. Dies um so mehr, als der Bilanzfeststellungsbeschluss stark formalen Charakter trägt, indem der Aktionär wohl kaum in der Lage ist, die vorgenommenen Bewertungen zu beurteilen⁴. Müssten unrechtmässig bezogene Gewinnanteile nachträglich zurückerstattet werden, so wäre das der Negotiabilität der

¹ Schucany in SAG 18 68/69, 72.

² Bachmann Art. 632 N 1; J. G. Egger 228; Schmid 98; Bürgi Art. 678 N 2.

³ Munzinger 147.

⁴ Edelmann Diss. 42.

Aktien sehr abträglich⁵; es bestünde die Gefahr, dass die Sicherheit des Verkehrs und seine Flüssigkeit darunter zu leiden hätten⁶.

Verglichen mit der Rückerstattungspflicht nach den allgemeinen Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung sind die Interessen der Gläubiger auf andere Weise besser geschützt⁷. Die Rückerstattungspflicht setzt nicht erst dann ein, wenn — auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung — Ausschüttungen vorgenommen werden, die das gebundene Grundkapital angreifen, sondern auch schon dann, wenn, unter Verletzung der Bilanzvorschriften des Gesetzes (OR 664 ff.), das ungebundene Vermögen angegriffen wird⁸. Der Schutz der Gläubiger ist vor allem aber auch insofern erweitert, als der Umfang der Rückerstattungspflicht nicht begrenzt ist, wie das durch OR 64 geschieht⁹; es ist nicht ausschlaggebend in welchem Masse der Empfänger im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereichert ist, und es ist auch nicht wesentlich, dass die Auszahlung irrtümlich erfolgte (OR 63)¹⁰.

B) Rückerstattungspflicht von ungerechtfertigterweise bezogenen Anteilen nach OR 678?

Die Frage, ob die Regelung von OR 678 analog auf die Rückerstattung von unrechtmässig bezogenen Anteilen am Liquidationsergebnis anzuwenden ist, muss verneint werden.

Gegen eine solche Anwendung spricht einerseits der eindeutige und klare Wortlaut; andererseits ist eine *lex specialis* — wie sie OR 678 zum allgemeinen Teil des OR darstellt — nicht extensiv zu interpretieren¹¹. Ferner ergibt sich aus den Materialien, dass in bezug auf eine Rückerstattungspflicht der Anteil am Liquidationsergebnis nicht den Dividenden und Bauzinsen gleichgestellt werden wollte^{12, 13}; ein Antrag, der die Gleichstellung forderte, wurde abgelehnt¹⁴.

Eine Rückerstattung der Anteile am Liquidationsergebnis lässt sich aber auch nicht mehr mit den Gründen, wie sie für eine solche der

⁵ Schmid 99.

⁶ Edelmann Diss. 43.

⁷ Schmid 100; Bürgi Art. 678 N 2.

⁸ Schmid 101.

⁹ Edelmann Diss. 48; Schmid 102; Bürgi Art. 678 N 9.

¹⁰ Vgl. hinten 77.

¹¹ Edelmann 94; Bürgi Art. 678 N 6.

¹² Botsch 38.

¹³ Edelmann 95; Bürgi Art. 678 N 6.

¹⁴ ProtExp 281/282.

Dividenden und Bauzinse bestehen und eben dargelegt worden sind, motivieren. Das Gebot der Verkehrssicherheit besteht zwar ohne Zweifel auch für die Dauer der Liquidation; doch tritt es mit der Auflösung offensichtlich in den Hintergrund — vor allem kann nicht mehr die Rede davon sein, dass noch ein Interesse an einem flüssigen Handel mit Aktien bestehe. Daher ist es nicht mehr angebracht, den gutgläubigen Aktionär zu schützen. Aber auch der erweiterte Schutz der Gläubiger, der auch die Erhaltung des ungebundenen Vermögens zum Ziele hat, erweist sich nur schon begriffsmässig bei der AG in Liquidation als überflüssig, denn es handelt sich ja nicht mehr darum, zu verhindern, dass übermässige, den Vorschriften des Gesetzes widersprechende Ausschüttungen zum Schaden der Gläubiger vorgenommen werden.

Zur Rückerstattung von unrechtmässig bezogenen Anteilen am Liquidationsergebnis können daher nur die allgemeinen Grundsätze des OR über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung kommen¹⁵.

II. Die Rückerstattungspflicht nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung

Aus der ungerechtfertigten Bereicherung lässt das Gesetz (OR 62 ff.) ein Schuldverhältnis entstehen¹⁶. Bei der hier erörterten Frage ist in bezug auf diese Obligation die AG die Gläubigerin: als Geschädigte ist sie zur Rückforderung legitimiert¹⁷. Ihr steht als Schuldner und Passivlegitimierter der bereicherte Aktionär gegenüber.

A) Die Bereicherung

Die erste Voraussetzung für die Entstehung dieses Schuldverhältnisses, die Bereicherung, besteht darin, dass einerseits die AG sich eines Teils ihres Vermögens begeben hat, also entreichert ist, der Aktionär andererseits durch den Empfang der Summe in gleichem Masse in seinem Vermögen bereichert ist. Dabei braucht es sich nicht um eine tatsächliche Vermögensverschiebung zu handeln; auch eine Gutschrift fällt in Betracht¹⁸. Die Bereicherung braucht nicht direkt in das Ver-

¹⁵ ProtExp 282; Botsch 38; *Edelmann* 95.

¹⁶ Vgl. *von Tuhr* I 400 ff.; *Guhl* 150 ff.

¹⁷ Vgl. *Edelmann* Diss. 113.

¹⁸ Vgl. *Edelmann* Diss. 77 ff.

mögen des Aktionärs übergegangen zu sein; es spielt keine Rolle, ob die Verschiebung durch mehrere Vermögen hindurch stattfand¹⁹.

B) Die Ungerechtfertigtheit

Als weitere Voraussetzung für die Begründung der Obligation ist die Ungerechtfertigtheit der Vermögensverschiebung verlangt. Die Bereicherung muss ohne gültigen Grund entstanden sein, sei es, dass der Grund nicht bestand, sei es, dass er sich nicht verwirklichte, sei es, dass er nachträglich weggefallen ist (OR 62 II).

Ungerechtfertigt ist die Auszahlung eines Anteils am Liquidationsergebnis, wenn sie unter Verletzung der Vorschriften über die Liquidation (OR 742 ff.)²⁰ — der Bestimmungen über die Berechnung der Quote oder derjenigen, die zum Schutze der Gläubiger aufgestellt worden sind²¹ — erfolgt; aber auch dann liegt eine Unrechtmässigkeit vor, wenn die Auszahlung des Anteils zwar zulässig gewesen wäre, jedoch nicht an den betreffenden Empfänger hätte erfolgen dürfen²².

Was im speziellen die Gläubigerschutzvorschriften anbelangt, so entsprechen sie den Voraussetzungen der Geltendmachung des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis²³; ungerechtfertigt wird der Empfang von Anteilen dann sein, wenn die Bestimmungen über die Schuldentilgung, den Schuldenruf und das Sperrjahr nicht eingehalten worden sind. Eine Auszahlung wird insbesondere auch dann zu Unrecht erfolgt sein, wenn zwar Hinterlegungen gemacht oder Sicherheiten geleistet worden sind, diese jedoch nicht in der nötigen Höhe erfolgten. Desgleichen wird man auch den Empfang von Anteilen als ungerechtfertigt ansehen müssen, der vor Ablauf des Sperrjahres erfolgte. Auch wenn eine richterliche Bewilligung im Sinne von OR 745 II vorlag, muss das angenommen werden. Die Gläubiger auf eventuell noch auftauchende Aktiven zu verweisen, würde für sie eine ungebührliche Benachteiligung bedeuten, die durch das Interesse der Aktionäre an einer sofortigen Auszahlung nicht gerechtfertigt werden kann. Das Sperrjahr ist eine Garantie, deren jeder Gläubiger, der innert dieser Frist seine Ansprüche anmeldet, teilhaftig werden soll²⁴.

¹⁹ *Guhl* 151.

²⁰ *Edelmann* 95.

²¹ *Schucany* in SAG 18 75.

²² *Edelmann* 95.

²³ *Vorn* 67.

²⁴ *Schucany* in SAG 18 72.

C) Irrtümliche Bezahlung einer Nichtschuld

Da mit der ungerechtfertigten Ausrichtung von Anteilen regelmässig eine Nichtschuld bezahlt wird, muss eine weitere Voraussetzung erfüllt sein: die Leistung muss im Irrtum über die Schuldpflicht entstanden sein (OR 64 I). Der Irrtum wird dabei in einem weitgehenden, über die allgemeine Irrtumslehre hinausgehenden Sinne verstanden²⁵; er kann wesentlich oder unwesentlich sein, auch der sog. Rechtsirrtum, der Irrtum über das objektive Recht fällt unter diesen Begriff²⁶. Der Irrtum kann darin bestehen, dass der Leistende an eine nicht vorhandene Tatsache glaubt oder dass er eine Tatsache nicht kennt²⁷, wie dies etwa der Fall sein kann, wenn den Liquidatoren eine bestimmte Gläubigerforderung nicht bekannt sein sollte. Erfolgte eine Ausschüttung im Zweifel darüber, ob sie gerechtfertigt sei, so liegt kein Irrtum vor²⁸, es sei denn, dass die Liquidatoren einen diesbezüglichen Vorbehalt angebracht hätten²⁹.

Soll der Anteil am Liquidationsergebnis zurückgefordert werden können, so wird also nachzuweisen sein, dass er irrtümlich falsch berechnet worden ist oder dass er im Irrtum über den Stand der Schuldentilgung oder über den Ablauf des Sperrjahres ausbezahlt worden ist.

D) Ausschluss eines Anspruchs auf Rückforderung und Verjährung

War beabsichtigt, mit der Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, so ist eine Rückforderung ausgeschlossen (OR 66).

In bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung eines Anspruchs bestimmt OR 67, dass er ein Jahr, nachdem der Entreicherte von seinem Anspruch Kenntnis genommen hat, in jedem Fall aber nach zehn Jahren verjährt.

²⁵ von Tuhr 407/408; Guhl 153.

²⁶ von Tuhr 408; Guhl 153.

²⁷ von Tuhr 408.

²⁸ von Tuhr 408.

²⁹ von Tuhr 409.

E) Umfang der Rückforderung

Der Umfang der Rückerstattung ist begrenzt: der Empfänger hat den unrechtmässig bezogenen Anteil nur so weit zurückzuerstatten, als er im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und dabei nicht gutgläubig war, oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste (OR 64). Die Rückerstattungspflicht erwächst also unabhängig davon, ob der Empfang in gutem oder bösem Glauben erfolgte. Ob Gut- oder Bösgläubigkeit vorlag, ist erst dann von Bedeutung, wenn das Liquidationsergebnis etwa in natura verteilt worden sein sollte: der Empfänger hat grundsätzlich Anspruch auf Ersatz der notwendigen und nützlichen Verwendungen; für letztere jedoch nur so weit, als zur Zeit der Rückerstattung der Mehrwert noch vorhanden ist (OR 65 I).

III. Zur Kritik an der Rückerstattungspflicht beim ungerechtfertigten Bezug von Anteilen am Liquidationsergebnis

A) Die vermeintliche Gesetzeslücke

Die Regelung der Rückerstattungspflicht in bezug auf den ungerechtfertigterweise bezogenen Anteil am Liquidationsergebnis durch das OR scheint vorerst unvollständig zu sein; zu einem solchen Schluss wird man vor allem dann kommen, wenn man sie nur an sich und ohne jeden Zusammenhang mit andern gesetzlichen Bestimmungen betrachtet.

*Schucany*³⁰ macht — in allgemeiner Hinsicht — geltend, dass die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung insbesondere deswegen nicht zur Anwendung kommen könnten, weil sie «ausschliesslich auf das Verhältnis zwischen dem Bereicherten und dem Verletzten zugeschnitten sind, während die Rückforderung unrechtmässigerweise bezogener Liquidationsanteile von einem Drittinteresse, demjenigen der Gesellschaftsgläubiger auf volle Befriedigung vor den Aktionären beherrscht wird»³¹.

Im einzelnen bringt er vor³², dass die ungerechtfertigte Auszahlung von Anteilen am Liquidationsergebnis — die freiwillige Bezahlung einer Nichtschuld — in bewusster Verletzung zwingender Vorschriften

³⁰ In SAC 18 66 ff.

³¹ *Schucany* in SAC 18 69.

³² In SAC 18 69/70.

erfolge; eine Rückforderung durch die AG sei damit ausgeschlossen. einerseits, weil sie sich nicht, wie das OR 64 I verlangt, auf einen Irrtum berufen kann, andererseits, weil mit der Auszahlung die Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges beabsichtigt war (OR 66). Weiter wird angeführt, dass, wenn schon in bezug auf den ungerechtfertigten Empfang von Dividenden die Bestimmungen über die Begrenzung der Rückgabepflicht auf die im Zeitpunkt der Rückforderung vorhandene Bewilligung nicht zur Anwendung kämen, dies erst recht am Platze sei für die Rückgabe von Anteilen am Liquidationsergebnis. Ferner wird darauf hingewiesen, dass die Regelung der Verjährung den Organen der AG die Entscheidung in die Hand lege, die Bereicherungsklage zu erheben oder sie in der kurzen, in OR 67 I gesetzten Frist verjähren zu lassen.

So können denn — nach *Schucany* — die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht Anwendung finden für die Rückforderung ungerechtfertigterweise bezogener Anteile am Liquidationsergebnis, da sie in keiner Weise den den Gläubigern zu gewährenden Schutz bieten. Da sich aber auch die Regelung über die Rückerstattung von Dividenden und Bauzinsen nicht analog anwenden lasse, sei eine Gesetzeslücke zu schliessen ³³.

Die Rückerstattungspflicht würde demnach in der Weise geregelt, dass der Aktionär, der ungerechtfertigter Weise einen Anteil am Ergebnis der Liquidation bezogen hat, zur Rückerstattung verpflichtet ist. Der Anspruch auf Rückerstattung würde mit Ablauf von zehn Jahren, vom Empfang der Zahlung an gerechnet, verjähren ³⁴.

B) Aktivlegitimation der Gläubiger?

Auch die Rückerstattungspflicht — so wie sie von *Schucany* umschrieben wird — bringt letzten Endes keine Aenderung in bezug auf das eingangs kritisierte Rechtsverhältnis zwischen dem Bereicherten und dem Verletzten ³⁵; auch hier bleibt es bei den Beziehungen zwischen dem Aktionär und der AG, ohne dass der Gläubiger seine Interessen direkt geltend machen könnte.

³³ *Schucany* in SAG 18 71.

³⁴ *Schucany* in SAG 18 71/72.

³⁵ Vorn 78 (*Schucany* in SAG 18 69).

Eine Regelung im letzterwähnten Sinne würde denn auch innerhalb unseres Aktienrechts ein Kuriosum darstellen. Sie findet sich wohl im deutschen Aktienrecht³⁶; sie geht dahin, dass die Aktionäre den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in dem Masse haften, als sie entgegen den Bestimmungen des betreffenden Gesetzes Zahlungen empfangen haben. Wenn auch das dem DAG und HGB vorangehende AHGB dem OR als Vorbild gedient hat, so ist aus der eben erwähnten Regelung lediglich eine Einzelheit übernommen worden: der Aktionär war keinesfalls zur Rückerstattung der in gutem Glauben bezogenen Dividenden verpflichtet (altOR 632), eine Bestimmung, die bei der Revision des OR modifiziert wurde und in OR 678 I eine positivere Fassung erhielt, aus der aber keineswegs das Entstehen einer Obligation des Aktionärs gegenüber dem Gläubiger entnommen werden kann³⁷. Aber auch im übrigen lässt sich, trotz des verstärkten Gläubigerschutzes im OR keine derart weitgehende Regelung finden, die dem Gläubiger die Grundlage dafür bieten würde, dass er direkt gegen den Aktionär vorgehen könnte³⁸. Das kann nicht weiter verwundern, denn schliesslich ist es nach der herrschenden Meinung einzig und allein die AG mit ihrer selbständigen juristischen Persönlichkeit, mit der der Gläubiger in Rechtsbeziehungen tritt³⁹; die Zulassung eines Eingriffs der Gläubiger würde einen weitgehenden Einbruch in ihre Autonomie bedeuten⁴⁰. Diese Auffassung von der AG gewährt zwar einem Dritten die Möglichkeit, die Nichtigkeit einer Handlung der Gesellschaft feststellen zu lassen⁴¹, verwehrt ihm aber mit Recht selbst eine Klage, die dahin geht, dass der Empfänger die Bereicherung an die Gesellschaft zurückzuerstatten hat⁴²; aber auch eine Klage auf Unterlassung oder Rückforderung der ungerechtfertigten Ausschüttung ist abzulehnen⁴³.

³⁶ DAG 56, früher HGB 217; vgl. im allgemeinen: *Staub-Pinner* § 217, *Godin-Wilhelmi* § 56, *Schlegelberger-Quassowski* § 56; für den Anteil am Liquidationsergebnis: *Staub-Pinner* § 217 A 7, 8, 20; *Godin-Wilhelmi* § 56 A II 2; *Schlegelberger-Quassowski* § 56 A 13.

³⁷ *Edelmann* Diss. 95.

³⁸ *Bachmann* Art. 632 N 2; *Siegwart* Einl. N 255; *Bürgi* Art. 678 N 34; vgl. *Edelmann* Diss. 114.

³⁹ *Edelmann* Diss. 90.

⁴⁰ *Siegwart* Einl. N 259; *Edelmann* Diss. 97.

⁴¹ *Bürgi* Art. 678 N 31.

⁴² *Siegwart* Einl. N 256; *Edelmann* Diss. 96; *Edelmann* 114; *Bürgi* Art. 678 N 35.

⁴³ Vgl. *Siegwart* Einl. N 257 ff., 266; *Bürgi* Art. 678 N 36.

C) Der Gläubigerschutz

Aber selbst dann, wenn man dem Gläubiger kein Klagerecht zustehen kann, so muss man sich — angesichts der Tragweite des Eingriffs in das Bereicherungsrecht — bei der Umschreibung der Rückerstattungspflicht durch *Schucany* fragen, ob damit lediglich eine Lückenerfüllung oder eine Gesetzesrevision vorgeschlagen wird. Denn es ist sehr zweifelhaft, ob die postulierte Regelung mit den Grundgedanken des OR übereinstimmt. Im gesamten Aktienrecht findet sich keine derartige Bestimmung, die der bereits erwähnten Regelung im deutschen Recht (DAG 56, HGB 217) entsprechen würde, welche den Aktionär grundsätzlich zur Rückerstattung von Bezügen verpflichtet, die entgegen den gesetzlichen Bestimmungen gemacht worden sind⁴⁴: ein Antrag, die Rückerstattungspflicht in Anlehnung an HGB 217 zu formulieren, ist ja abgelehnt worden⁴⁵. Es wird nicht nur dem Gläubiger kein Eingriffsrecht zugestanden: auch der Gesellschaft selbst stehen — abgesehen vom Anspruch nach OR 678 — nur wenige Mittel für bestimmte Tatbestände zur Verfügung, u. a. das Kaduzierungsrecht für den Fall, dass der Aktionär eingegangenen Einlagepflichten nicht nachkommt (OR 681 ff.). Aber nach einem allgemeinen Rückforderungsrecht sucht man im übrigen vergebens: es fehlt selbst dann, wenn gesetzeswidrige Kapitalrückzahlungen vorgenommen werden sollten⁴⁶, es sei denn, es geschehe in der Form von Dividenden oder Bauzinsen, die bösgläubig empfangen wurden (OR 678).

Auch dann, wenn man der Lösung, die *Schucany* vorschlägt, beipflichten wollte, so läge es auch weiterhin in der Hand der AG und ihrer Organe, von der vorhandenen Möglichkeit, den Rückerstattungsanspruch geltend zu machen, Gebrauch zu machen oder nicht, so dass es als sehr fraglich erscheinen muss, ob ein Bedürfnis besteht, die behauptete Gesetzeslücke auf die postulierte Art zu schliessen.

Aber auch aus andern Gründen ist eine Lückenschliessung überhaupt abzulehnen. Wenn die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen sich nicht auf einen vorliegenden Tatbestand anwenden lassen, so ist nicht un-

⁴⁴ Ein Anspruch der AG besteht zwar nach dem Wortlaut von HGB 217 nicht, wird aber abgeleitet (*Staub-Pinner* § 217 A 17); gleiches gilt für DAG 56, wo er nur negativ formuliert ist (*Godin-Wilhelmi* § 56 A III 12; *Schlegelberger-Quassowski* § 56 A 8).

⁴⁵ ProtExp 282.

⁴⁶ Vgl. *Schmid* 103; *Bürgi* 678 N 28.

bedingt darauf zu schliessen, dass eine Gesetzeslücke vorliegt⁴⁷. Es kann sich ebensogut um eine negative Entscheidung handeln⁴⁸ in dem Sinne, dass das Gesetz den Interessen, die in Betracht fallen, keinen Schutz gewähren will, oder aber, dass es diesen Schutz nicht ausschliesslich unter einem Gesichtspunkte, wie das hier die ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, gewähren will.

Schucany scheint ausser acht zu gelassen zu haben, dass auch hier den Gläubigern durch die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Organe weitreichender Schutz gewährt wird. Auch wenn die Haftung der Liquidatoren mit ihrem Vermögen keine Gewähr für die Deckung der Forderungen der Gläubiger zu bieten vermag, so wird doch ohne Zweifel verhindert, dass sie sich Handlungen zuschulden kommen lassen, die ihre Haftung begründen. Man mag einwenden, dass die Haftung der Liquidatoren erst im Falle des Konkurses der AG geltend gemacht werden können, da den Gesellschaftsgläubigern erst dann ein Klagerecht zustehe (OR 758). Doch stellt es sicher nichts aussergewöhnliches dar, wenn die Gläubiger ihre Forderungen, wenn nötig auch der AG in Liquidation gegenüber, auf dem Betreibungswege geltend machen⁴⁹ und über die Gesellschaft, falls sie nicht befriedigt, der Konkurs verhängt wird. Und nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass dann, je nach den vorliegenden Umständen, der Gläubiger zur Anfechtungsklage (SchKG 285 ff.) greifen kann; insbesondere wird ihm, falls — wovon *Schucany* ja ausgeht — die Absicht bestanden haben sollte, die Gläubiger der AG zu schädigen, die sog. Deliktspauliana (SchKG 288) zur Verfügung stehen. Dass dabei wiederum gewisse Voraussetzungen erfüllt sein müssen — wie etwa, dass für den Aktionär die Absicht erkennbar sein musste (SchKG 288)⁵⁰ — muss sich der Gläubiger gefallen lassen, wie wenn er einem andern Schuldner gegenüber stehen würde.

⁴⁷ *Gmür* Art. 1 N 25.

⁴⁸ *Egger* ZGB Art. 1 N 20.

⁴⁹ *Sieewart* Einl. N 264.

⁵⁰ Vgl. in bezug auf Einzelheiten: *Jaeger-Daeniker*, Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911—1945, Zürich 1947, Art. 288 N 5.

5. Abschnitt

§ 13. Die Entziehbarkeit des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis

Entzug wie Schmälerung der Aktionärrechte können durch die Generalversammlung wie durch die übrigen Organe der AG erfolgen¹.

Entzug und Schmälerung des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis durch die Verwaltung und die Liquidatoren, durch deren Handlungen oder Unterlassungen, erfahren im Zusammenhang mit der Untersuchung über die Rechtsmittel ihre Behandlung².

Im folgenden fallen daher nur Aberkennung und Verkürzung des Rechts durch die Generalversammlung in Betracht^{2a}.

I. Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis im allgemeinen

A) Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis als wohlerworbenes Recht

Die Frage, ob und wie weit dem Aktionär das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis entzogen werden kann, inwiefern er gegen einen Entzug oder eine Schmälerung dieses Anspruchs geschützt ist, scheint das Gesetz eindeutig zu beantworten. Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis wird in OR 646 III unter den wohlerworbenen Rechten aufgeführt, welche — nach OR 646 I — den Aktionären nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden können.

Es wurde seit einiger Zeit erkannt, dass den wohlerworbenen Rechten nicht jene Eindeutigkeit und zugleich Starrheit zukommt, die ihr der Wortlaut des OR zu geben scheint³. OR 646 bringt lediglich zum Ausdruck, dass unentziehbare Grundrechte bestehen⁴, enthält aber kein allgemeines Kriterium dafür, welchen Aktionärrechten die Unentziehbarkeit

¹ Vgl. *Weiss* 515.

² Hinten 95 ff.

^{2a} Aber auch hier werden letztlich die Rechtsmittel, die dem Aktionär zur Verfügung stehen, (hinten 95 ff.) den Ausschlag über die tatsächliche Entziehbarkeit geben.

³ Vgl. hiezu: *Weiss* 513 ff.; *Siegwart* Art. 646 N 1 ff.

⁴ Ständerat Bulletin 1931 364.

zukommt⁵ und sagt auch nichts über den Grad der Entziehbarkeit für die in OR 646 III namentlich erwähnten Rechte aus, was nicht zuletzt in der Verschiedenartigkeit der in Frage stehenden Befugnisse und Berechtigungen begründet liegt^{5a}.

Wo die Grenze zu ziehen ist, wird sich einzig für jedes einzelne Recht grundsätzlich feststellen lassen⁶. Handelt es sich — wie beim Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis — um ein Recht, aus dem verschiedene Ansprüche erwachsen, so werden diese zudem einzeln über den Grad ihrer Entziehbarkeit zu prüfen sein⁷; immerhin lässt sich auf Grund allgemeiner Prinzipien festlegen, ob ein Recht schlechthin entziehbar ist oder nicht.

B) Die grundsätzliche Entziehbarkeit⁸

Es stellt die Regel dar, dass die AG als Erwerbsgesellschaft tätig ist: sie braucht es jedoch nicht zu sein (OR 620 III). Die wirtschaftliche Tätigkeit und der Erwerbszweck sind nicht ihre wesentlichen Merkmale⁹. Sie kann kulturelle, politische, wohltätige oder andere Zwecke verfolgen und dementsprechend nicht nur den Reingewinn, sondern auch das Liquidationsergebnis im Sinne dieser Zwecke verwenden, ohne dass sie zur Verteilung an die Aktionäre gelangen¹⁰.

Wenn das Gesetz ein Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis statuiert (OR 646 III, 660 II), so kann es sich demnach nicht um absolut zwingende Normen handeln, welche diese Berechtigung zu einer schlechthin unentziehbaren erklären würden. Eine Aberkennung oder Kürzung des Anspruchs würde nicht den allgemeinen Interessen widersprechen und auch nicht an die Grundlagen des Aktienrechts rühren.

Der Aktionär kann daher sehr wohl auf sein Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis verzichten, und ein ganzer oder teilweiser Entzug dieses Anspruches wäre keineswegs nichtig.

⁵ *Siegart* Art. 646 N 16.

^{5a} *Weiss* 516.

⁶ Botsch 27; BGE 59 II 264.

⁷ Dies wird im folgenden ausgeführt; es kommen aber nur die hauptsächlichsten Ansprüche zur Behandlung. Auf andere Berechtigungen, die sich auf ein Tun oder Unterlassen richten, lassen sich jedoch sinngemäss die vorzubringenden Überlegungen anwenden.

⁸ Vgl. *Weiss* 515/516.

⁹ *Siegart* Einl. N 5.

¹⁰ Vgl. ZbJV 72 513/514.

II. Das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis ¹¹

A) Die grundsätzliche Unentziehbarkeit

1. Die Bedeutung des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis

Handelt es sich bei der AG um eine Erwerbsgesellschaft — und davon ist im folgenden auszugehen —, so muss dem Aktionär ein Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zustehen ¹²

Die Aussicht auf die Ausschüttung von Dividenden ist ohne Zweifel der hauptsächlichste Grund, der den Kapitalbesitzer bewegt, einer AG beizutreten. Der Gedanke an eine Quote des Liquidationserlöses mag ihn primär kaum beschäftigen; doch ist der entsprechende Anspruch für ihn nicht ohne Bedeutung. Es darf angenommen werden, dass er sich an einer AG nicht beteiligen würde, wenn er annehmen müsste, dass bei einer allfälligen Auflösung der Gesellschaft ihr Vermögen nicht an diejenigen verteilt würde, die ihr Kapital aufgebracht haben und mit dessen Hilfe sie existiert und sich entwickelt hat. Es lässt sich somit sagen, dass die Aussicht auf einen Anteil am Liquidationsergebnis zwar nicht ausschlaggebend, aber doch wesentliche Voraussetzung für die Beteiligung an einer AG ist ^{12a}.

Dieser Bedeutung entspricht es ohne Zweifel, wenn das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis als solches, als generelles Recht dem Aktionär nicht ohne seine Zustimmung entzogen werden kann ¹³ und insofern im Sinne von OR 646 I wohlverstanden ist, als es die Grundlage bildet für die Ansprüche, die dem Aktionär im Zusammenhang mit der Abwicklung erwachsen.

2. Die Aenderung des Zwecks der AG

Dieser Beschränkung der Entziehbarkeit scheint OR 649 I entgegenzustehen; darnach kann der Zweck der AG durch einen Beschluss der Generalversammlung, der zwei Drittel des gesamten Grundkapitals auf sich vereinigt, umgewandelt werden. Wäre auf Grund dieser Bestimmung auch eine Aenderung des Endzweckes im Sinne eines Verzichts auf den Erwerbszweck zugunsten eines nicht wirtschaftlichen Zweckes möglich, so

¹¹ Vorn 21 ff.

¹² Vorn 21.

^{12a} BGE 61 II 176.

¹³ Botsch 27.

wäre damit auch die Zulässigkeit des Entzugs des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis gegeben; es wäre damit den Beschlüssen der Generalversammlung ausgesetzt¹⁴.

Aus den gesetzgeberischen Beratungen erhellt aber, dass an Stelle von «Zweck» im Sinne von OR 648 I¹⁵ ebensogut «Gegenstand des Unternehmens» gesetzt werden kann, und dass damit die Aenderung der Abgrenzung des Geschäftsbereiches, der Umschreibung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens in Frage steht, nicht aber das, was man als End- oder eigentlichen Zweck der AG bezeichnet¹⁶. Denn dem Aktionär steht ein unentziehbares Recht auf Erhaltung des Gesellschaftszweckes zu¹⁷; daher können ihm auch indirekt die Vermögensrechte nicht entzogen werden, wie das durch eine Zweckänderung als möglich erscheint.

B) Der Entzug des generellen Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis

1. Die gesetzlichen Grundlagen

Das beschränkte Mass an Wohlerworfenheit scheint aber auch im Widerspruch zu stehen zu OR 660 II und 745 I.

Nach diesen Bestimmungen hat der Aktionär ein Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis, soweit die Statuten über die Verwendung des Vermögens der aufgelösten AG nichts anderes normieren. Sie sind ihrer Formulierung nach dispositiver Natur und erwecken den Anschein, als ob dem Aktionär das Recht durch eine Statutenänderung entzogen werden könnte, für die das Gesetz nicht einmal eine qualifizierte Mehrheit (OR 648) oder Anwesenheit (OR 649) verlangt.

Der Gegensatz ist aber nur ein scheinbarer und die Einheit des Gedankens des Gesetzes lässt sich leicht herstellen: OR 660 II wie 745 I sind nur insofern dispositiver Natur, als die ursprünglichen Statuten in Frage stehen¹⁸.

2. Die Voraussetzungen

Auf Grund einer entsprechenden Norm in den ursprünglichen Statuten darf dem Aktionär das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis

¹⁴ Goldschmidt 57.

¹⁵ Sowie OR 626 Ziff. 2.

¹⁶ Vgl. hierzu: Goldschmidt 56 ff.; Weiss 529/530; Siegart Art. 626 N 33 ff.

¹⁷ Weiss 529; Siegart Art. 648 N 6.

¹⁸ Siegart in ProtExp 250; Schucany Art. 660 A 6.

entzogen werden¹⁹. Vom Aktionär, der sich an einer AG beteiligt, ist anzunehmen, dass er den Inhalt der Satzungen kennt: mit seinem Beitritt gibt er die Zustimmung zu der in ihnen vorgesehenen Regelung über den Zweck des Unternehmens und den Umfang der ihm zustehenden Rechte²⁰.

Denkbar ist, dass die ursprünglichen Statuten eine Klausel enthalten, die vorsieht, dass der eigentliche Zweck der Gesellschaft geändert oder dass das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis entzogen werden könne, sei es mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit. Eine solche Regelung müsste zulässig sein, würde doch auch hier der Beitritt des Aktionärs in Kenntnis dieser möglichen Einschränkungen erfolgen.

Nicht ausgeschlossen ist auch die Möglichkeit, dass die Generalversammlung, an der sämtliche Aktionäre teilnehmen, einstimmig beschließt, das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zu entziehen und — mit andern Worten — dass alle Aktionäre auf diesen Anspruch verzichten.

III. Das Recht auf einen Anteil am gesamten Liquidationsergebnis²¹

A) Grundsätzliche Unentziehbarkeit

Nach den Ausführungen über das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Aktionär auch gegen eine Schmälerung des Anspruches auf Anteil am gesamten Liquidationsergebnis geschützt ist; auch ein teilweiser Entzug würde seinen berechtigten Interessen widersprechen.

Grundsätzlich ist daher auch eine teilweise Auskehrung des Liquidationsergebnisses an andere Berechtigte als die Aktionäre²² nicht zulässig; auch das Recht auf einen Anteil am gesamten Liquidationsergebnis ist als unentziehbares gewährt.

B) Voraussetzungen für den Entzug

Freilich sind Bestimmungen der Statuten im Sinne einer teilweisen Auskehrung des Liquidationserlöses an Dritte, der Kompetenzerteilung an die Generalversammlung, das Liquidationsergebnis an andere Berechtigte ausschütten zu lassen oder den Zweck der AG zu ändern, nicht

¹⁹ Vgl. ZbJV 72 514.

²⁰ Vgl. ZbJV 72 516.

²¹ Vorn 23 ff.

²² Vorn 23 ff., 39 ff.

ausgeschlossen, auch hier jedoch nur dann, wenn es sich um die ursprünglichen Statuten handelt. Denkbar ist ebenfalls ein einstimmiger Beschluss der AG, eine von der regelmässigen Verwendung des Liquidationsergebnisses abweichende Regelung zu treffen.

IV. Das Recht auf verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis

A) Grundsätzliche Entziehbarkeit

Wäre auch das Recht auf einen verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis grundsätzlich unentziehbar, so würde die Handlungsfreiheit der AG in einem wirtschaftlich untragbaren Masse eingeschränkt. Jeder Akt der Generalversammlung, der direkt oder indirekt das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis berühren würde, wäre unzulässig. Der Aktionär könnte sich einer Kapitalerhöhung mit der Ausgabe von Prioritätsaktien und ihren Vorrechten²³, der Ausrichtung von Tantiemen, einer Fusion, konsequenterweise auch der Ausschüttung von Dividenden u. a. m. widersetzen, mit dem Hinweis darauf, dass der mögliche Inhalt seines Anspruchs auf Anteil am Liquidationsergebnis geschmälert werde. Das ginge alles zu weit; das Bestehen der Gesellschaft und ihr Gedeihen, ihre Weiterentwicklung oder Sanierung sind von primärer Bedeutung, die nicht zuletzt dem Aktionär selbst dienen, ermöglichen sie ja seine Beteiligung am Gewinn. Hinter diesen Interessen hat ein Anspruch des Aktionärs, der mit dem Untergang der AG im Zusammenhang steht, zurückzutreten²⁴.

Grundsätzlich liegt daher die Verfügung über das Recht auf verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis — soweit dieses zur Verteilung zur Verfügung der Aktionäre steht —, über die Art der Berechnung der Quote des Aktionärs, im Bereich der Befugnisse der Generalversammlung. Das Gleiche gilt aber auch für Beschlüsse, die sich indirekt, ohne ihn zum Inhalt zu haben, auf diesen Anspruch auswirken oder auswirken könnten.

²³ Vorn 40.

²⁴ Anders mögen die Dinge liegen, wenn eine AG gegründet wurde mit dem Zweck, ein einziges Geschäft abzuwickeln — etwa die Erstellung einer Liegenschaft und deren anschliessenden Verkauf —; hier mag der Hinweis auf das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis durchaus am Platze sein. Eine solche AG ist aber nicht mehr als eine Ausnahme von der Regel; die Rechtsform der AG ist jedenfalls nicht geeignet für eine Gelegenheitsgesellschaft.

Die Generalversammlung kann einen Beschluss, der zu einer Schmälerung des Rechts auf verhältnismässigen Anteil führt, mit einfacher Mehrheit fassen (OR 703), es sei denn, es handle sich um eine Massnahme für die eine qualifizierte Mehrheit (OR 643) oder Aktienpräsenz (OR 649) verlangt ist.

Soweit im besondern die Grundlagen der Ermittlung der Quoten der Aktionäre in Frage stehen, hat der Beschluss die Statuten zu ergänzen, wenn sie bisher keine Regelung enthielten, oder abzuändern (OR 661); dabei sind die entsprechenden Publizitätsvorschriften zu beachten (OR 647).

B) Die Grenzen der Entziehbarkeit

Wie bei allen Beschlüssen, welche die Generalversammlung fassen kann, gilt auch im besonderen für die Schmälerung des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis, dass ihren Kompetenzen Grenzen gesetzt sind, dass die Generalversammlung ihre Mehrheitsmacht nicht beliebig ausüben kann.

Die Beschlüsse der Generalversammlung dürfen gemäss OR 706 nicht gegen die Statuten oder das Gesetz verstossen. Als «Gesetz» sind dabei ganz allgemein die Bestimmungen des ZGB und des OR zu verstehen, wozu insbesondere OR 20 in Verbindung mit ZGB 7 gehört, wodurch Beschlüsse, die einen unmöglichen, widerrechtlichen oder unsittlichen Inhalt haben, der Nichtigkeit verfallen^{25, 26}.

Als Gesetz — in einem weiteren Sinne — sind aber auch allgemeine Rechtsgrundsätze zu betrachten, die zwar nicht kodifiziert, aber teils von der Praxis, teils von der Doktrin herausgearbeitet wurden²⁷. Es sind dies das Verbot des Machtmissbrauchs²⁸, der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre²⁹ und die Treuepflicht der Aktionäre^{29a}. Dabei stellen das Prinzip der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre und dasjenige der Treuepflicht eine Konkretisierung des Verbots des Machtmissbrauchs dar, das seinerseits auf der Anwendung von allgemeinen Bestimmungen des ZGB auf das Aktienrecht beruht³⁰: ZGB 2 I verlangt,

²⁵ Weiss 518.

²⁶ Hinten 95 ff.

²⁷ Siegwart Art. 646, N 25 ff.; BGE 69 II 248.

²⁸ Bergier; Weiss 517 ff.

²⁹ Vgl. BGE 69 II 250; BIZR 37 169; Spiess 129; Peyer 103.

^{29a} Fromer in ZSR 58 215.

³⁰ Weiss 518.

dass bei der Ausübung der Rechte nach Treu und Glauben gehandelt werde, ZGB 2 II bestimmt, dass der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz geniessen soll.

C) Das Verbot des Machtmissbrauchs insbesondere

Soweit die Gestaltung des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis in die Kompetenz der Generalversammlung fällt, geschieht das in dem Sinne, dass sie darüber im Interesse des Unternehmens, im gemeinsamen Interesse der Aktionäre, verfügen soll. Ihre entsprechenden Beschlüsse sollen im Einklang stehen mit dem eigentlichen Zweck, den die AG verfolgt: im verbenden Stadium mit dem Gewinnstreben, während der Liquidation mit dem Bestreben, ein möglichst grosses Liquidationsergebnis zu erzielen.

Fehlt diese Uebereinstimmung, verfolgt die Mehrheit persönliche oder andere gesellschaftsfremde Interessen, so übt sie ihr Stimmrecht nicht nach Treu und Glauben aus.

1. Die Voraussetzungen des Machtmissbrauchs

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Machtmissbrauchs³¹ sind in OR 706 II für einen Sonderfall — aber doch von allgemeiner Gültigkeit —, für Beschlüsse über die Einführung von Stimmrechtsaktien und Beschlüsse, die infolge des erhöhten Stimmrechts solcher Aktien zustande gekommen sind, umschrieben³². Ein Machtmissbrauch liegt darnach vor.

wenn eine Schädigung einer Minderheit oder der Gesellschaft — und damit aller Aktionäre — bewirkt wird, wobei im letzteren Fall die Mehrheit anderweitig Vorteile erlangt;

wenn die Schädigung zudem eine offenbare ist (ZGB 2 II), wobei es nicht auf die Motive, die dem Mehrheitsbeschluss zugrunde lagen, ankommt, sondern auf seine Wirkungen³³.

Ein Machtmissbrauch dürfte etwa dann vorliegen, wenn die Mehrheit willkürlich die Art der Berechnung zu ihren Gunsten abändern würde. Der Tatbestand des Machtmissbrauchs wäre aber auch dann gegeben, wenn der Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung den Liquidatoren die Weisung erteilen würde, gewisse Vermögensstücke an ein Unter-

³¹ *Weiss* 518/519.

³² *Weiss* 519.

³³ *Weiss* 518

nehmen zu verkaufen, an dem sie beteiligt sind — wobei der Verkauf zu einem sehr geringen Preis erfolgt und es offensichtlich ist, dass jeder andere Käufer einen höheren Betrag bezahlt hätte³⁴. Das Resultat ist eine Schmälerung des Liquidationsergebnisses und letzten Endes der Quoten aller Aktionäre einerseits, die Erlangung eines Vorteils der Mehrheitsaktionäre anderseits.

2. Negative Abgrenzung

Es lässt sich nicht von jedem Beschluss der Generalversammlung, der sich dahin auswirkt, dass die Aktionäre oder die Gesellschaft zu Schaden kommen, sagen, dass er gegen das Verbot des Machtmissbrauchs verstösst. Ein Beschluss kann, in guten Treuen und bei aller Gewissenhaftigkeit gefasst, die Aktionäre oder die Gesellschaft schädigen: die Generalversammlung bestimmt, dass der Verkauf einer Liegenschaft nicht freihändig erfolgen darf (OR 743 IV). An einen sich meldenden Interessenten wird sie nicht abgegeben, in der Hoffnung, durch eine Versteigerung mehr lösen zu können. Diese ergibt ein weit geringeres Resultat als das erste Angebot ausmachte. Unter diesen Umständen kann von einem Machtmissbrauch nicht gesprochen werden.

Ein Machtmissbrauch wird insbesondere auch dann nicht vorliegen, wenn ein Beschluss der Generalversammlung als unzweckmässig erscheint. So kann ein Beschluss zur Folge haben, dass je nach den vorliegenden Umständen die Aktionäre einen grösseren oder kleineren Anteil am Liquidationsüberschuss erhalten: durch eine Aenderung der Formel über die Berechnung der Quoten am Liquidationsergebnis werden die einen Aktionäre begünstigt, die Stellung der andern verschlechtert, wenn sich ein Liquidationserlös bis zu einem gewissen Betrag ergibt: übersteigt das Ergebnis diese Summe, so ergibt sich eine umgekehrte Lage der beiden Aktionärkategorien³⁵.

Die Frage nach der Zweckmässigkeit ist letzten Endes eine wirtschaftliche Frage und eine solche des Ermessens; hier hat daher ein etwa angerufener Richter kein Urteil zu fällen, sondern den Entscheid der Mehrheit der Generalversammlung zu überlassen³⁶.

³⁴ Vgl. *Bergier* 53, 59.

³⁵ Vgl. *BGE* 69 II 253.

³⁶ *BGE* 22 II 235 236, 54 II 28 29; *SJZ* 15 183; *SAG* 10 137; *J. G. Egger* 267 268; *Weiss* 519; *Schucany* Art. 706 A 1 c; *von Steiger* 204.

V. Das Recht auf Durchführung der Liquidation³⁷

A) Bei der Auflösung durch eine Statutenbestimmung³⁸

Der Aktionär ist in Kenntnis der begrenzten Dauer der AG beigetreten und hat unter der Voraussetzung, dass er nach einer bestimmten Zeit wieder über sein Kapital verfügen kann, die Mitgliedschaft erworben. Eine Verlängerung der AG über den vorgesehenen Termin hinaus ist ihm daher nur zumutbar, wenn sie rechtzeitig beschlossen wird, d. h. zum mindesten vor dem Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft aufgelöst werden soll.

Das Gesetz gibt denn auch dem Interesse des Weiterbestehens der Gesellschaft den Vorrang gegenüber demjenigen des Aktionärs an der Verteilung ihres Vermögens. Es gewährt aber dem Aktionär insofern einen gewissen Schutz, als der Verlängerungsbeschluss nur in einer Generalversammlung mit qualifizierter Aktienpräsenz gefasst werden kann; OR 649 I verlangt, dass zwei Drittel der Aktien vertreten sein müssen. ein Erfordernis, das in einer eventuell nötigen zweiten Versammlung allerdings nur noch zur Hälfte erfüllt zu sein braucht (OR 649 II).

B) Die Verlängerung nach der Anordnung der Auflösung

In Anbetracht dessen, dass die einmal im Handelsregister eingetragene Auflösung der AG nicht widerrufen werden kann³⁹, sind auch keine Interessen der AG vorhanden, welche den Entzug des Rechts auf Durchführung der Liquidation rechtfertigen würden.

Aber auch dann, wenn die AG vor der Eintragung der Auflösung ihre Fortsetzung beschliessen wollte⁴⁰, könnte sich der Aktionär dem Widerruf widersetzen. Die Anordnung der Auflösung durch Statutenbestimmung oder Generalversammlungsbeschluss lösen jede Verpflichtung der Aktionäre zu Gunsten einer verbenden Gesellschaft; sie geht nur so weit, als es der nunmehrige Zweck der Gesellschaft erfordert. Die Aktionäre haben möglicherweise im Hinblick auf die zu erwartende Auskehrung des Liquidationsergebnisses Verfügungen über ihr Vermögen getroffen.

³⁷ Vorn 43 ff.

³⁸ Vorn 44 ff.

³⁹ Vorn 47 ff.

⁴⁰ Vorn 55.

Die Verschiebung der Interessenlage der Aktionäre, welche die Gesellschaft selbst geschaffen hat, kann nicht mehr rückgängig gemacht werden, es sei denn, der Beschluss, die AG fortzusetzen, werde einstimmig gefasst.

VI. Das Recht auf Versilberung

Es ist wohl kaum anzunehmen, dass sich der Aktionär bei seinem Beitritt zur AG mit der Frage befasst, in welcher Form ihm ein dannzumaliger Anteil am Liquidationsergebnis ausgekehrt wird. Da jedoch die Auskehrung in bar nicht nur dem Wesen der AG entspricht⁴¹, sondern auch gemeinhin angenommen wird, dass die Liquidation einer Versilberung gleichkommt⁴², steht dem Aktionär ohne Zweifel der Anspruch auf Versilberung grundsätzlich als unentziehbares Recht zu.

Es gilt auch hier, dass es einzig die ursprünglichen Statuten sind, die bestimmen könnten, dass die Verteilung des Liquidationsergebnisses in natura vorgenommen werden soll, sei es dadurch, dass sie dies ausdrücklich formulieren, sei es dadurch, dass sie der Generalversammlung die Kompetenz einräumen, diese Form der Auskehrung mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit oder Anwesenheit zu beschliessen. Ebenso kann die Auskehrung in Sachwerten vorgenommen werden, wenn ein entsprechender einstimmiger Beschluss einer vollzähligen Generalversammlung vorliegt⁴³.

VII. Das Recht auf Verteilung in natura

Angesichts der Schwierigkeiten und Grenzen einer Verteilung in natura⁴⁴ kann ein entsprechendes Recht des Aktionärs nur ein sehr geringes Gewicht haben. Dies erst recht, wenn man bedenkt, dass ein einzelner Aktionär darauf bestehen könnte, dass eine Verteilung in Sachwerten vorgenommen werde, wodurch unter Umständen die andern Aktionäre schwer benachteiligt würden, indem die Nichtveräusserung von Vermögensobjekten eine erhebliche Verkleinerung des Liquidationsergebnisses bewirken könnte.

⁴¹ Vorn 58.

⁴² Vorn 58.

⁴³ *Schucany* Art. 745 A 1; *von Puttkamer* 40; *Schlegelberger-Quassowski* § 209 A 7; anderer Meinung: *Fischer* 410 A 32; *Feine* 666; *Godin-Wilhelmi* § 212 A II 1.

⁴⁴ Vorn 59/60.

Der Aktionär wird daher nicht darauf beharren können, dass eine Bestimmung der Statuten, die vorsieht, dass die Verteilung in natura vorgenommen werde, oder ein entsprechender Beschluss der Generalversammlung nicht rückgängig gemacht werden könne. Weder dieser noch jene statuieren damit ein unentziehbares Recht auf Auskehrung des Liquidationsüberschusses in natura.

VIII. Das Recht auf Auszahlung des Anteils

Das Recht auf Auszahlung des Anteils untersteht wie jedes andere Forderungsrecht eines Gläubigers nicht dem Kompetenzbereich der Generalversammlung. Sind die Voraussetzungen für seine Entstehung erfüllt, so steht es dem Aktionär als unentziehbarer Anspruch zu.

6. Abschnitt

Die Rechtsmittel des Aktionärs

§ 14. Die Rechtsmittel gegenüber der Generalversammlung

I. Die Einrede der Nichtigkeit und die Nichtigkeitsklage

Das Gesetz sieht für Beschlüsse von Mitgliederversammlungen von Körperschaften bloss die Anfechtbarkeit vor¹. Nach der übereinstimmenden Meinung von Rechtssprechung wie Doktrin kann aber auch die Nichtigkeit gegeben sein^{2, 3}. Ist ein Akt der Organe der AG nichtig, so kann der Aktionär seine Nichtigkeit entweder durch eine Klage oder durch eine Einrede geltend machen⁴. Dabei geht die Klage, da er keine Rechtswirkungen erzeugt, auf Feststellung der Nichtigkeit.

A) Die Verletzung von OR 19 II

Nach OR 19 II in Verbindung mit ZGB 7 wäre ein Beschluss der Generalversammlung nichtig, wenn er unabänderliche gesetzliche Vorschriften⁵, oder wenn die Abweichung von andern gesetzlichen Vorschriften die öffentliche Ordnung verletzt; er wird insbesondere nichtig sein, wenn er gegen das Wesen der AG verstösst⁶.

Ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten bei einem gänzlichen oder teilweisen Entzug des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis ist wohl kaum zu denken. Ebensovienig kann eine Verletzung eines Persönlichkeitsrechts in Frage kommen, ist doch, wie schon dargetan, das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis kein unverzichtbares Recht⁷. Auch verstösst sein Entzug oder seine Schmä-

¹ ZGB 75, OR 706.

² BGE 71 I 387.

³ BGE 64 II 152, 67 I 347; 67 II 175; *Egger* ZGB Art. 75 N 8—14; *Wieland* II 102 ff. (alle zitiert in BGE 71 I 387).

⁴ *Schucany* Art. 706 A 1; *von Steiger* 197.

⁵ *Weiss* 515, 536.

⁶ *Wieland* II 104; *Schucany* Art. 706 A 1; *von Steiger* 197.

⁷ *Vorn* 84.

lerung weder gegen das Wesen der AG⁸, noch gegen eine zwingende Norm, die im öffentlichen Interesse — insbesondere der Gläubiger — bestehen würde.

Sofern ein Beschluss der Generalversammlung, der allein den Entzug oder die Schmälerung des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis zum Gegenstand hat, vorliegt, wird eine Berufung auf die Nichtigkeit nicht in Frage kommen. Denkbar ist aber, dass er zwar den gänzlichen oder teilweisen Entzug des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis zur Folge hat, dabei aber andere gesetzliche Normen verletzt, sodass die Voraussetzungen von OR 19 II erfüllt wären.

Eine Nichtigkeitsklage oder eine Einrede der Nichtigkeit wird hingegen insbesondere dann in Frage kommen, wenn die Generalversammlung den Widerruf der Auflösung beschliessen sollte. Es ist zwar kaum anzunehmen, dass die Handelsregisterbehörden in dieser Frage ihre ablehnende Praxis⁹ ändern werden. Aber hier könnte sich — gesetzt den Fall — der Aktionär eben nicht auf das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis wegen Verletzung des Rechts auf Verwirklichung des Anspruchs stützen, um die Nichtigkeit geltend zu machen¹⁰. Hingegen käme eine Berufung darauf in Betracht, dass notwendige Folge der Anordnung der Auflösung sei, dass die AG in Liquidation zu treten habe, und dass die Abwicklung durchzuführen sei¹¹. Denn diese Massnahmen sind ein Anliegen der Verkehrssicherheit, liegen im allgemeinen Interesse und beruhen daher auf zwingender Norm¹².

B) Die Verletzung von Formvorschriften

Ein Generalversammlungsbeschluss wird aber auch dann nichtig sein, wenn er die vorgeschriebene Form nicht beachtet (OR 11 II in Verbindung mit ZGB 7)¹³.

Für einen Beschluss, der lediglich das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zum Gegenstand hat, wird dieser Tatbestand dann zutreffen, wenn damit zugleich eine Ergänzung oder Abänderung der Statuten verbunden ist. Dafür verlangt OR 647 die Aufnahme einer öffentlichen

⁸ Vorn 84.

⁹ Vorn 47.

¹⁰ Er kann den Beschluss aber anfechten (hinten 97 ff.).

¹¹ Vorn 16, 51 ff.

¹² Vorn 16.

¹³ *Wieland* II 103; *ZbJV* 72 502/503; *Schucany* Art. 706 A 1; *von Steiger* 197.

Urkunde, sowie die Eintragung im Handelsregister. Wird diese Formvorschrift verletzt, so wird der Beschluss, der das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis entzieht oder schmälert, nichtig sein¹⁴.

Die Nichtigkeit wird auch dann gegeben sein, wenn die Generalversammlung beschliessen sollte, durch die Verwaltung die AG liquidieren zu lassen, ohne dass ein formeller Auflösungsbeschluss gefasst wird, und insbesondere ohne dass die AG weder im Handelsregister als in Liquidation befindlich eingetragen wird. Ein solches Verfahren bietet weder den Gläubigern noch den Aktionären Sicherheit für die Erfüllung ihrer Ansprüche; es verstösst gegen die Bestimmungen von OR 737, resp. 739 I, die im Interesse der Oeffentlichkeit aufgestellt worden sind.

II. Die Anfechtungsklage

Als Rechtsmittel des Aktionärs, der sich gegen die Beeinträchtigung des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis zur Wehr setzen will, kommt recht eigentlich die Anfechtungsklage in Betracht (OR 706): sie steht ihm als wohlerworbenes Recht — hier im Sinne eines im allgemeinen schlechthin unverzichtbaren Rechts — zu¹⁵. Wird die Klage gutgeheissen, so wirkt die Aufhebung¹⁶ des Beschlusses *ex tunc*¹⁷, für und gegen alle Aktionäre (OR 706 V).

A) Die Voraussetzungen im allgemeinen

Die Anfechtungsklage kann vom Aktionär innert zwei Monaten nach der betreffenden Generalversammlung angehoben werden (OR 706 IV). Er darf aber dem Beschluss weder zugestimmt, noch ihn durch konkludentes Handeln genehmigt haben¹⁸. Er ist auch dann zur Klage legitimiert, wenn er der Generalversammlung nicht beigewohnt hat¹⁹.

Voraussetzung zur Anhebung der Anfechtungsklage ist des weitern ein Beschluss der Generalversammlung, der gegen das Gesetz oder die Statuten verstösst (OR 706 I). Diese Verletzung ist nachzuweisen.

¹⁴ vgl. SAG 9 80 ff.; *Schucany* Art. 607 A 1; *von Steiger* 197.

¹⁵ *Weiss* 515; *Schucany* Art. 646 A 6 Ac; *von Steiger* 201.

¹⁶ An Stelle der Erklärung der Nichtigkeit wird auch die Möglichkeit der Korrektur durch den Richter postuliert (*Weiss* 537; *von Steiger* 208).

¹⁷ *Schucany* Art. 706 A 1 c; *von Steiger* 207.

¹⁸ *von Steiger* 203.

¹⁹ BGE 74 II 42; *von Steiger* 203; anderer Meinung: *Schucany* Art. 706 A 1 c.

Wird ein Recht wie das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis geschmälert, so ist der Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen der beschlossenen Massnahme und der Schmälerung des Anspruchs erforderlich²⁰.

B) Voraussetzungen in bezug auf das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis

1. Der Entzug

Beschlüsse, die das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zum Gegenstand haben, sind damit anfechtbar, wenn sie es, soweit es unentziehbar ist, entziehen. Das wird dann der Fall sein, wenn sie das generelle Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis²¹, den Anspruch auf Anteil am ganzen Liquidationsergebnis^{21a} ganz oder teilweise, das Recht auf Durchführung der Liquidation²² oder das Recht auf Versilberung^{22a} entziehen.

2. Bei Verletzungen des Verbots des Machtmissbrauchs

Des weitern sind Beschlüsse, welche die übrigen Ansprüche aus dem Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis, insbesondere das Recht auf verhältnismässigen Anteil am Liquidationsergebnis²³ zum Gegenstand haben, anfechtbar, wenn sie, soweit seine Gestaltung im Bereich der Befugnisse der Generalversammlung liegt, das Verbot des Machtmissbrauchs nicht beachten²⁴. Das betrifft Beschlüsse, die das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis direkt zum Inhalt haben, wie solche, die es indirekt schmälern, indem sie eine Massnahme anordnen, die zu ihm an sich keine Beziehung hat.

Unter anderem kann die Bestellung der Liquidatoren angefochten werden: es kann von vornherein feststehen, dass diese den Anforderungen, die an sie zu stellen sind, nicht entsprechen. So können sie von einer Mehrheit gewählt worden sein mit dem Ziele, von ihnen — zum

²⁰ Weiss 537.

²¹ Vorn 85.

^{21a} Vorn 87.

²² Vorn 92.

^{22a} Vorn 93.

²³ Vorn 88.

²⁴ Vorn 90.

Nachteil einer Minderheit von Aktionären — begünstigt zu werden. Wird eine solche Absicht offensichtlich in die Tat umgesetzt, so steht den Minderheitsaktionären die Anfechtung der Wahl der Liquidatoren offen²⁵. Die Anfechtungsklage mag auch dann zum Zuge kommen, wenn der Tatbestand der Liquidation ohne formellen Auflösungsbeschluss vorliegen sollte, und die Generalversammlung die bisherige Verwaltung, die bisher gesetzwidrig liquidierte, als Liquidatoren wählen sollte²⁶.

III. Die Schadenersatzklage

Mit der Nichtigkeitserklärung, eventuell der Korrektur des Generalversammlungsbeschlusses allein ist der Aktionär nicht hinreichend geschützt, denn er kann auf Grund solcher Beschlüsse zu Vermögensschaden gekommen sein. Eine Schadenersatzklage wird ihm jedoch nur gegenüber den verantwortlichen Organen der AG gewährt²⁷.

Eine solche Klage gegen die Mitaktionäre käme nur dann in Betracht, wenn in deren Verhalten «ein Delikt, z. B. eine böswillige Vermögensschädigung, ein Betrug zu finden ist, das massgebend auf das Ergebnis der Beschlussfassung gewirkt hat»^{28, 29}. Sie hätte sich dabei auf OR 41 in Verbindung mit ZGB 7 zu stützen³⁰.

IV. Die Auflösungsklage³¹

A) Die Voraussetzungen im allgemeinen

Ein weiteres Rechtsmittel, das dem Aktionär zum Schutze seiner Ansprüche zur Verfügung steht, ist die Auflösungsklage (OR 736 Ziff. 4). Er wird sie jedoch nur dann allein oder zusammen mit andern Aktionären anheben können, wenn er einen Fünftel des Grundkapitals vertritt.

Da ihre Gutheissung einen sehr weitgehenden Eingriff darstellt, wird sie nur dann zum Zuge kommen, wenn die andern Rechtsmittel, die dem

²⁵ BIZR 43 38.

²⁶ Als zweckmässiger dürfte sich allerdings unter diesen Umständen die richterliche Bestellung eines Liquidators erweisen (hinten 103 ff.).

²⁷ Hinten 104 ff.

²⁸ Weiss 538.

²⁹ von Steiger 204.

³⁰ Siegwart Einl. N 231; Bertsch 186.

³¹ Vgl. hiezu: Bertsch (vorn 9).

Aktionär gegenüber der Gesellschaft zur Verfügung stehen — und das Weiterbestehen der AG nicht in Frage stellen —, keinen hinreichenden Schutz zu gewähren vermögen; die Auflösungsklage hat damit subsidiären Charakter³².

In materieller Hinsicht ist Voraussetzung für die Gutheissung der Auflösungsklage — neben andern im Gesetz vorgesehenen Tatbeständen (OR 625 II, 643 III) — das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Es muss ein Umstand vorliegen, «der die Erreichung eines bestimmten Zieles oder Zweckes den am Rechtsverhältnis Beteiligten unmöglich macht oder derart erschwert, dass sie nur unter den Beteiligten nicht zumutbaren Opfern möglich ist»³³.

B) Die Voraussetzungen beim Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis

Die Auflösungsklage ist zum Schutze des Anspruchs aus dem Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis dann am Platze, wenn die gleichen Tatbestände vorliegen, die an sich zur Anfechtungsklage wegen Machtmissbrauch führen würde³⁴. Als weitere Voraussetzung kommt aber hinzu, dass es sich um eine Wiederholung handeln muss³⁵, die eine derartige Verletzung des Rechts mit sich bringt, dass ihr nur mit der Auflösung der AG begegnet werden kann, soll der Aktionär nicht ständig von neuem zu Schaden kommen.

Ein wichtiger Grund dürfte insbesondere dann vorliegen, wenn die Generalversammlung beschliessen sollte, eine Liquidation durchzuführen, ohne die hiezu geltenden Vorschriften des Gesetzes zu beachten. Die Auflösungsklage wird hier das einzige, praktisch wirksame Rechtsmittel sein, das ihm genügenden Schutz zu gewähren vermag³⁶. Denn die Aufhebung des betreffenden Generalversammlungsbeschlusses wird an den Tatsachen und insbesondere an einer bereits begonnenen Liquidation nichts mehr ändern, so dass einzig die gesetzmässige Durchführung der Abwicklung dem Aktionär die nötige Sicherheit zu bieten vermag³⁷.

³² BGE 67 II 165/166; BIZR 39 213; *Weiss* 539; *von Steiger* 320; *Hagmann* 90.

³³ *Bertsch* 80.

³⁴ *Vorn* 90 ff., 97 ff.

³⁵ BGE 67 II 165; *Weiss* 539; *Bertsch* 53.

³⁶ *Schucany*, Art. 736 A 5.

³⁷ Vgl. das Postulat von *Meier-Hayoz* 217 A 13, der mit der richterlichen Auflösung die Liquidatoren durch den Richter bestellen lassen will.

§ 15. Die Rechtsmittel gegenüber der Verwaltung und den Liquidatoren

I. Die Rechtsmittel gegenüber der Verwaltung Die Verantwortlichkeitsklage

An sich ist es denkbar, dass auch die Verwaltung Eingriffe in das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis vornimmt. Doch wird ihre Tätigkeit vor der Auflösung grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt des Erwerbszwecks der AG zu betrachten sein, sodass sie kaum in die Lage kommen könnte, den Anspruch des Aktionärs zu schmälern.

Allerdings ist nochmals auf den Fall hinzuweisen, da die Verwaltung die Gesellschaft liquidiert, ohne die gesetzlichen Vorschriften zu beachten¹, sei es auf Grund eines derartigen Beschlusses der Generalversammlung, sei es unter dem Druck von Aktionären, die unter Umständen die Mehrheit der Aktien vertreten. Bei einer Gefährdung oder Verletzung des Rechts auf Anteil am Liquidationsergebnis wäre hier dem Aktionär mit der in Betracht fallenden Nichtigkeitsklage oder der Auflösungsklage allein nicht gedient. Auch wenn festgestellt würde, dass die betreffenden Handlungen nichtig seien oder angeordnet würde, dass die AG in Liquidation zu treten hätte, so könnten Geschäfte mit Dritten nicht rückgängig gemacht werden; das Vermögen der AG kann bereits geschmälert und damit der Aktionär durch die Verkleinerung des Liquidationsergebnisses geschädigt worden sein.

Ob dem Aktionär eine Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Verwaltung zusteht, ist umstritten². Selbst wenn man ihm eine solche gewähren wollte, so brächte sie dem Aktionär praktisch keinen grösseren Vorteil als die Nichtigkeitsklage. Hingegen steht ihm die Verantwortlichkeitsklage zur Verfügung (OR 754). Ueber dieses Rechtsmittel sind nähere Ausführungen im folgenden, im Zusammenhang mit der Haftung der Liquidatoren, zu finden³.

¹ Vorn 97.

² Hinten 102/103.

³ Hinten 104 ff.

II. Die Rechtsmittel gegenüber den Liquidatoren

A) Die Nichtigkeitsklage

Wie bei Beschlüssen oder Massnahmen der Generalversammlung oder der Verwaltung ist auch gegen Akte der Liquidatoren die Nichtigkeitsklage denkbar⁴. Die Möglichkeit, dass Nichtigkeitsgründe vorliegen, ist insofern gross, als die Liquidation grösstenteils auf zwingenden Vorschriften beruht. Dass dem Aktionär wirksamere Rechtsmittel zur Verfügung stehen, sei in diesem Zusammenhang lediglich wiederholt⁵.

B) Ablehnung der Anfechtungsklage

Ob dem Aktionär gegen Akte der Liquidatoren eine Anfechtungsklage zusteht, wird sich im Prinzip nach der Beantwortung der umstrittenen Frage, ob eine solche gegen die Verwaltung angehoben werden kann⁶, richten⁷. Denkbar wäre sie etwa gegen eine Form der Verteilung des Liquidationsergebnisses, die den Vorschriften von Statuten, resp. Gesetz widersprechen. Jedenfalls steht es fest, dass das Gesetz nur eine Klage für die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen kennt; das Bundesgericht lehnt eine solche gegen die Verwaltung ab⁸.

Den Vorteil der Anfechtungsklage sehen ihre Befürworter darin, dass ihr eine vorbeugende Wirkung in dem Sinne zukomme, als sie vor der Ausführung eines Beschlusses der Verwaltung angehoben werden könnte, wodurch ein Schaden vermieden werden könnte⁹. Sind aber die Fälle, in denen tatsächlich rechtzeitig gegen den mangelhaften Beschluss der Verwaltung geklagt werden kann, äussert selten¹⁰, so trifft das erst recht für Entschlüsse und Massnahmen der Liquidatoren zu, deren Tätigkeit in ihren Einzelheiten wohl noch weniger in die Kenntnis der Aktionäre gelangt. In der Liquidation werden sie — wenn sie überhaupt bekannt werden — erst dann bemerkt werden können, wenn ein Schaden entstanden ist¹¹. Der praktische Wert einer Anfechtungsklage ist jedenfalls gegen die Liquidatoren ein äusserst geringer.

⁴ Ueber die Voraussetzungen vgl. vorn 95 ff.

⁵ Vorn 99.

⁶ Befürwortend: *Siegwart* in SJZ 39 421 ff.; *Stebler* vorn 11; ablehnend: *Kohler* vorn 10; BGE 76 II 51 ff.

⁷ Unabhängig von dieser Frage befürwortend: *Pinösch* 67/68.

⁸ BGE 76 II 51 ff.

⁹ *Siegwart* in SJZ 39 424; *Stebler* 4/5.

¹⁰ *Kohler* 99/100; in diesem Sinne auch ein Befürworter: *Stebler* 157/158.

¹¹ In bezug auf Beschlüsse der Verwaltung: *Kohler* 100.

Von einem Bedürfnis wird kaum gesprochen werden können, stehen dem Aktionär doch andere Rechtsmittel zur Verfügung. Auch sie haben in einem gewissen Sinne prophylaktische Wirkung, wollen sie doch durch die weitgehenden Sanktionen, die sie androhen, die Liquidatoren von Handlungen abhalten, welche die Aktionäre schädigen.

C) Die Abberufung durch die Generalversammlung

Wie die Verwaltung können auch die Liquidatoren abgesetzt werden. Zuständig für die Abberufung ist die Generalversammlung.

Möglicherweise deckt aber eine Mehrheit, gegen Treu und Glauben verstossend, Liquidatoren, die ihren Weisungen folgen¹². Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass die Generalversammlung bestenfalls — bei einer lange andauernden Liquidation — alljährlich, also sehr selten, zusammentritt, um die Bilanz zu prüfen (OR 700 II). Zur Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung, die die Liquidatoren abzuberufen hätte, müsste daher der Aktionär — eventuell mit andern zusammen — den zehnten Teil des Aktienkapitals vertreten (OR 699 III). Die Abberufung der Liquidatoren setzt daher in der Hand des einzelnen Aktionärs kein geeignetes Mittel dar, um seine Rechte zu wahren. Es zeichnet sich durch seine Umständlichkeit aus und bietet ihm nur einen schwachen Schutz.

D) Die Abberufung durch den Richter¹³

Die Liquidatoren können aber auch auf Antrag eines Aktionärs hin durch den Richter abberufen werden, der nötigenfalls andere ernennt. (OR 741 I). Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

1. Verletzung oder Gefährdung der Interessen der Aktionäre oder der Gesellschaft

Der wichtige Grund kann darin bestehen, dass die Aktionärinteressen oder die der Gesellschaft verletzt werden¹⁴. Er ist aber auch dann gegeben, wenn bloss eine Gefährdung dieser Interessen vorliegt¹⁵: dies

¹² Theoretisch wäre eine Anfechtungsklage gegen den GV-Beschluss wegen Machtmissbrauch möglich.

¹³ Vgl. *Mettler* 44 ff.; *Meier-Hayoz* 213 ff.

¹⁴ *Meier-Hayoz* 216.

¹⁵ *Meier-Hayoz* 216.

jedoch nur dann, wenn sie eine ernstliche ist und nicht etwa auf allzu ängstlicher Besorgnis von Aktionären beruht¹⁶. Eine blossе Unzufriedenheit des Aktionärs genügt nicht; es müssen objektiv relevante Tatsachen vorliegen¹⁷.

Der antragstellende Aktionär kann sich darauf berufen, dass «im Verhalten oder in der Person des Liquidators eine objektive Gefährdung des Liquidationsergebnisses zu erblicken ist»¹⁸, eine ungerechtfertigte Schmälerung seiner Quote zu erwarten ist. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn sich die Liquidatoren als unfähig erweisen sollten, die ihnen obliegenden Geschäfte zu erledigen¹⁹, aber auch dann, wenn etwa Spannungen unter den Liquidatoren den Gang der Abwicklung hemmen sollten²⁰. Der Abberufungsgrund kann auch darin liegen, dass die Liquidatoren ihr Amt dazu missbrauchen, Aktionäre oder Dritte, die ihnen nahestehen, zu begünstigen, indem sie gegenüber ihnen in ihrer Eigenschaft als Schuldner nicht mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln vorgehen²¹ oder ihnen Vermögensobjekte zu Schleuderpreisen überlassen.

2. Vorteile der Regelung

Die Berechtigung, die Abberufung der Liquidatoren zu verlangen, erweist sich damit für den Aktionär insofern als von Vorteil, als er nicht bloss eine tatsächliche Verletzung seiner Interessen, insbesondere des Anspruchs auf Anteil am Liquidationsergebnis abzuwarten hat, sondern dass eine Gefährdung genügt. Die Wirkung dieser Berechtigung dürfte aber auch darin liegen, dass die Liquidatoren vor Handlungen zurückschrecken werden, die ihre Abberufung zur Folge hätten. Ausserdem kann ein einmal abberufener Liquidator nicht wieder gewählt werden²².

E) Die Verantwortlichkeitsklage

Alle bisher genannten Rechtsmittel sollen die Liquidatoren durch ihre Statuierung und ihre Sanktionen abhalten, schädigende Handlungen vorzunehmen; sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie — ist einmal Scha-

¹⁶ SJZ 21 309.

¹⁷ SJZ 21 309.

¹⁸ Hagmann 103; vgl. Mettler 56.

¹⁹ Meier-Hayoz 217.

²⁰ SJZ 21 309.

²¹ SJZ 21 308 ff.

²² Mettler 39.

den entstanden — weiteren verhüten sollen. Dazu, den bisher entstandenen Schaden wieder gutzumachen, reichen sie aber nicht aus. Daher gewährt das Gesetz dem Aktionär eine Schadenersatzklage gegen die Verwaltung, die geschäftsführenden Organe und die Liquidatoren (OR 754 ff.).

1. Die Voraussetzungen

Der Aktionär wird einen Anspruch nur dann geltend machen können, wenn er einem entsprechenden Beschluss der Generalversammlung nicht zugestimmt hat oder seit der Fassung des Beschlusses nicht Aktien erworben hat — es sei denn, der Beschluss sei nichtig²³ — oder innert sechs Monaten klagt. Die Klage ist auf alle Fälle innert fünf Jahren seit der Kenntnissnahme des Schadens anzuheben: der Anspruch verjährt in jedem Falle innert zehn Jahren, es sei denn, das Strafrecht sehe für eine Klage aus strafbarer Handlung eine längere Verjährung vor (OR 760).

Mit der Verantwortlichkeitsklage kann der Aktionär die Ersatzleistung für den Schaden verlangen, den die Liquidatoren²⁴ bei der Ausübung der ihnen zustehenden Obliegenheiten fahrlässig oder absichtlich verursacht haben (OR 754). Es kann sich dabei um einen primären, unmittelbaren Schaden handeln, der ihnen direkt zugefügt worden ist, oder um einen sekundären, mittelbaren, der ihnen indirekt dadurch entstanden ist, dass er direkt im Gesellschaftsvermögen eingetreten ist. Für beide haften die Liquidatoren: für jenen nach OR 41 ff.²⁵, für diesen nach OR 754 ff.

Soweit — wie das hier der Fall ist — das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs am Liquidationsergebnis in Frage steht, kann eine Schmälerung dieses Anspruches nur dadurch entstehen, dass ganz allgemein das Gesellschaftsvermögen, und wenn auch nur das Vermögen der Liquidationsgesellschaft, geschädigt wird, denn es geht ja noch nicht auf Auszahlung der Quote. Dem Aktionär kann daher lediglich sekundärer Schaden entstehen, für den er eine Ersatzleistung nur zugunsten der Gesellschaft verlangen kann (OR 755). Eine Erörterung der Geltendmachung des primären Schadens erübrigt sich daher in diesem Zusammenhang.

²³ von Steiger 263.

²⁴ Oder die Verwaltung (vgl. vorn 101).

²⁵ Botsch 61; von Steiger 263.

2. Die Grenzen der Verantwortlichkeit

Der Aktionär könnte für den geringsten Schaden, der sich durch dieses oder jenes Vorgehen bei der Abwicklung ergeben könnte, für jedes Geschäft, das nicht seiner Ansicht gemäss durchgeführt wurde, die Liquidatoren haftbar machen. Doch hat sich die Haftung der Liquidatoren, die anerkanntermassen eine sehr strenge ist²⁶, innerhalb von vernünftigen Grenzen zu halten²⁷. Andernfalls wären die Liquidatoren, um nicht zur Verantwortung gezogen zu werden, gezwungen, übervorsichtig, ja ängstlich die ihnen anvertraute Aufgabe zu erfüllen. Das würde den normalen Ablauf der Liquidation nicht fördern, was kaum im Interesse der Aktionäre liegen dürfte.

Unvorhergesehene Verluste lassen sich bei der Abwicklung ebenso wenig wie im Erwerbsstadium vermeiden; die Liquidatoren müssen ein Risiko eingehen können; sie müssen über einen gewissen Spielraum verfügen, indem sie selbständig entscheiden können, sollen sie ihrer Aufgabe gerecht werden. Der Aktionär wird sich nicht auf Erkenntnisse stützen können, die im Zeitpunkt der schädigenden Geschäfte noch nicht vorhanden sein konnten; ausschlaggebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Eingehung der Geschäfte²⁸.

Der Aktionär wird daher nicht aus Kleinlichkeit eine Verletzung seines Rechtes auf Anteil am Liquidationsergebnis geltend machen können²⁹; eine Ersatzleistung wird ihm nur dann zuzubilligen sein, wenn die Liquidatoren nicht nachweisen können³⁰, dass sie bei der Ausübung ihres Amtes nicht ein vernünftiges Mass an Sorgfalt — «die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes»³¹ — angewandt haben.

Die Liquidatoren werden jedenfalls dann die Verantwortung nicht zu übernehmen haben, wenn sich die schädigende Handlung auf einen Beschluss der Generalversammlung stützen sollte, etwa ein Vermögensstück zu einem niedrigeren als erzielbaren Preis zu veräussern³². Sie

²⁶ Goldschmidt 121; Guhl 484; von Steiger 261.

²⁷ Schucany Art. 754 A 2a; Kaeslin 50.

²⁸ Kaeslin 51/52.

²⁹ Die Gefahr, dass der Aktionär in Bagatellfällen klagt, wird herabgemindert durch die Regelung über die Erbringung der Ersatzleistung (vorn 136; Botsch 60), durch das Kostenrisiko, das der Aktionär mit der Erhebung der Klage eingeht (ProtExp 449) und nicht zuletzt dadurch, dass solche Fälle wohl kaum zur Kenntnis der Aktionäre gelangen.

³⁰ Ueber die Verteilung der Beweislast: BGE 24 II 816 34 II 199; Goldschmidt 126; Schucany Art. 754 A 4.

³¹ Wieland II 131.

³² SemJud 55 137 ff.

sind jedoch nur dann von der Haftung befreit, wenn es sich nicht um einen Beschluss handelt, der gegen Gesetz oder Statuten verstösst³³, also zum mindesten anfechtbar ist³⁴.

3. Einzelne Tatbestände

a) Ohne Zweifel werden die Voraussetzungen für diese Klage erfüllt sein, wenn die Liquidatoren bei ihrer Tätigkeit die Aktionäre schädigen und dabei Gesetz und Statuten verletzen, indem sie an einzelne Aktionäre früher als erlaubt³⁵ Auszahlungen vornehmen, das Liquidationsergebnis an die Aktionäre unrichtig verteilen³⁶ oder an Dritte ungerechtfertigterweise Zuwendungen machen.

b) Die Voraussetzungen werden sodann gegeben sein, wenn Anlass bestand, die Anträge oder Klagen auf Grund der früher genannten Rechtsmittel³⁷ gutzuheissen und neben den dort erwähnten Tatbeständen auch derjenige der Entstehung von Schaden erfüllt ist.

c) Die Liquidatoren werden aber auch dann haften, wenn sie Handlungen vornehmen, die dem Sinn der Liquidation widersprechen, sei es, indem sie neue Geschäfte³⁸ abschliessen oder Geschäfte, die sich mit der Abwicklung nicht vereinbaren lassen, sei es, dass sie die Durchführung der Liquidation verzögern, weil sie z. B. einem Gläubiger nahe stehen, sei es, dass sie an Dritte Vermögensobjekte offensichtlich zu Schleuderpreisen veräussern.

d) Die Voraussetzungen für die Verantwortlichkeit der Liquidatoren dürften aber auch dann erfüllt sein, wenn sie einen Tatbestand schaffen, welcher — wäre er von der Generalversammlung beschlossen worden — der Anfechtung wegen Machtmissbrauch unterliegen würde³⁹, indem sie z. B. beim Verkauf von Vermögensstücken einzelne Aktionäre oder ein Unternehmen, an dem sie beteiligt sind, andern, mehr Bietenden gegenüber, begünstigen.

³³ *Wieland* II 132; *Goldschmidt* 125.

³⁴ So wird die Verwaltung auch dann verantwortlich sein, wenn sie, gestützt auf einen Generalversammlungsbeschluss, der dahin geht, dass die Liquidation unter Missachtung gesetzlicher Vorschriften durchzuführen sei (vorn 97), schädigende Abwicklungshandlungen vornimmt. Der Generalversammlungsbeschluss ist nichtig, verstösst er doch gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind (vorn 16).

³⁵ Vorn 44 ff.

³⁶ *Edelmann* 114.

³⁷ Vorn 95 ff.

³⁸ Vorn 56.

³⁹ Vorn 90 ff., 97 ff.

§ 16. Die Rechtsmittel zur Durchsetzung des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis

Für die Schaffung der Voraussetzungen, welche die Fälligkeit des Anspruchs auf Auszahlung des Anteils zwar herbeiführen, nicht aber zum Inhalt dieses Rechts gehören, ist der Aktionär auf die mitgliedschaftlichen Schutzmittel angewiesen.

Von den bisher genannten Rechtsmitteln kommt für das Gläubigerrecht auf einen Anteil am Liquidationsergebnis die *Einrede der Nichtigkeit* oder die *Nichtigkeitsklage* dann in Betracht, wenn eines der Organe der Gesellschaft trotz der Entstehung des Anspruchs diesen in irgend einer Weise modifizieren wollte.

Die *Verantwortlichkeitsklage* wird praktisch kaum zur Anwendung kommen können. Sollte die Auskehrung des Liquidationsüberschusses unrichtig vorgenommen werden, so entsteht dem Aktionär ein primärer Schaden, den er als Gläubiger der Gesellschaft nur im Konkurs der AG geltend machen kann (OR 758).

Dem Aktionär steht zur Geltendmachung des Rechts auf Auszahlung des Anteils am Liquidationsergebnis vor allem der Weg der *Betreibung* oder der *Leistungsklage* zur Verfügung, wobei ein Urteil auf Grund der letzteren lediglich zwischen den Prozessparteien wirksam wird^{1, 2}.

¹ Vgl. *Steiger* 34.

² Im Gegensatz zur Anfechtungsklage, bei der ein Urteil für und gegen alle Aktionäre wirkt (OR 706 V).

LEBENS LAUF

Ich wurde am 5. Januar 1925 in Brugg (AG) geboren; in Zürich wohne ich seit 1927. Hier besuchte ich die Primarschule und anschliessend das kantonale Gymnasium, wo mir 1944 das Maturitätszeugnis, Typ B, ausgestellt wurde. 1945 begann ich meine Studien an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, die ich am 8. Mai 1954 mit dem letzten Teil der mündlichen Prüfungen abschloss.

